
EJUSE
ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 19, 2013

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 1679-785X

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

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira, sobre obra “Coroinhas”, de Jenner Augusto. (Acervo do TJSE)

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Innova Gráfica e Editora

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antônio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º e 8º andares - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: wvw.ejuse.com.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 19, 2013.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Cezário Siqueira Neto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador Edson Ulisses de Melo

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenador de Cursos Externos
Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Renata Mascarenhas Freitas de Aragão

Coordenadora de Cursos para Servidores
Cristiana Prado Oliveira Dantas

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

O CONTRADITÓRIO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA
Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho.....15

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO APTO A PROMOVER A DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM A REALIDADE CONSTITUCIONAL
Leonardo Souza Santana Almeida.....29

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, A SÚMULA 610 DO SUPREMO TRIBUNAL E O SEPULTAMENTO JURISPRUDENCIAL DA TENTATIVA
Paulo Roberto Fonseca Barbosa.....71

ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UM REFORÇO À INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL
Antonio Henrique de Almeida Santos.....95

A PRECLUSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PARA O EXAME DE MÉRITO DA AÇÃO
André Ribeiro Leite.....115

POSSIBILIDADE DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA VIABILIZAR A APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA DIRETA NOS TEMPOS ATUAIS
Vanda dos Santos Gois.....153

A MEDIAÇÃO FAMILIAR FRENTE AO DEVER DE ALIMENTAR
Ilana Chagas Ferro Coelho da Paz.....203

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ÉTICA
Luciene Santos Silveira.....223

CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO PENAL
José Geraldo Brito Filomeno.....231

MANDADO DE SEGURANÇA: DESISTÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
Sylvera Salles de Santana Aragão.....255

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA DISPENSA COLETIVA
Gianini Rocha Gois Prado.....279

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS: OS PODERES PÚBLICOS E A RACIONALIDADE PRÁTICA
Carolina Pereira Barreto.....293

A EXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL
Susana Raquel Cipriano Ramalho Sampaio.....319

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL
Ricardo Diego Nunes Pereira.....335

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EXECUTAR AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS POSICIONAMENTOS DO TJ/SE
Paulo Roberto Lima Santos.....345

ALIENAÇÃO PARENTAL - A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO RELACIONADO AO COMPORTAMENTO HUMANO
Silvia França de Souza Morelli.....377

"PERDOE-ME, PAI, PORQUE PEQUEI" – SOBRE A MENORIDADE PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES
Fábio Araújo de Carvalho Silva.....389

APRESENTAÇÃO

Como podemos constatar, a *Revista da Ejuse* está com uma capa muito mais bonita. Nela, está retratada uma das obras do renomado artista plástico sergipano, Jenner Augusto, que com sua arte ultrapassou as fronteiras do nosso Estado e tornou-se universal.

A ideia de retratar obras da arte plástica pertencentes ao acervo do Tribunal de Justiça surgiu durante uma conversa com o meu amigo e conterrâneo Mário Britto, profundo conhecedor da matéria e especialista na obra de Jenner Augusto.

Para tanto, contamos com a colaboração do Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Cláudio Déda, que gentilmente permitiu que as obras constantes do gabinete da Presidência fossem fotografadas, e da viúva do artista, que aquiesceu com a ideia.

Assim, temos o prazer de deleitarmo-nos com o quadro dos coroinhas que torna a capa desta revista mais alegre, divulgando o nosso acervo, ao tempo em que, folheando-a, encontramos artigos interessantes sobre diversos temas da Ciência Jurídica.

Temas variados, que vão do Direito Constitucional ao Direito Penal, trazem para os profissionais e estudantes os entendimentos mais modernos e certamente serão úteis para o exercício das nossas profissões.

Como sempre, a Ejuse procura mesclar artigos publicados por profissionais de diversas áreas, de forma que as várias formas de pensar o Direito façam o leitor refletir e ampliar os seus horizontes.

O nosso Estado conta com grandes profissionais do ramo jurídico, mas carecemos de uma maior produção literária, razão por que iniciativas como a da Ejuse são importantes para estimular o debate de ideias a respeito de temas práticos.

Espero, pois, que a exemplo dos números anteriores, este também seja bem recepcionado.

Atenciosamente.

Cezário Siqueira Neto - Diretor

DOUTRINA

O CONTRADITÓRIO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: O dogma do contraditório, alçado a garantia fundamental da Constituição Federal, colore o processo judiciário com as tintas da dialeticidade, imprimindo aos litigantes o direito de serem ouvidos e participarem ativamente do cenário processual, inclusive tentando influir no racional convencimento do juiz.
Consequência do contraditório é o direito das partes à produção das provas que venham a ter relevância para secundar os seus interesses defendidos em juízo; assim, ainda que seja o juiz destinatário da prova, ele não é um arbitrário ou arrogante condutor do processo, senhor intransigente do direito da parte de produzir uma prova, cabendo-lhe denegar fundamentadamente apenas quando se revelar impertinente ou desnecessária ao julgamento da causa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual. Constitucional. Contraditório. Direito à prova.

1. INTRODUÇÃO

O princípio do contraditório, dogma fundamental inserto no art. 5.º, LV da CF/88, que se conjuga com a cláusula da ampla defesa para formar o plexo do devido processo legal, figura entre as mais caras franquias que o constituinte legou aos protagonistas do processo judiciário.

Em termos simples, significa que, num processo dialético (marca do

* Magistrada em Sergipe. Graduada pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada no Curso de Especialização lato sensu em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais (UNISUL). Formada pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe (Fase). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela Evocati. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Deontologia Jurídica, Ética e Código de Ética da Magistratura da Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse). Mestranda em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, pela Universidade Federal de Sergipe.

sistema judicial dos povos democráticos), as partes que hospedam no Judiciário as suas pretensões contrapostas têm o direito sacro de serem ouvidas e de tentar persuadir a autoridade judicante da primazia de seu interesse.

Nessa despretensiosa conceituação repousam as duas dimensões do contraditório (formal e substancial), correspondendo a primeira no direito a ser ouvido e a segunda na prerrogativa irrecusável de ver os seus argumentos serem valorados pelo juiz quando da formação do seu convencimento.

Assim, o contraditório se apresenta em todas as etapas do processo judicial sincrético, seja desde a mais embrionária propositura, passando por toda a fase cognoscitiva, até as culminâncias da satisfação de eventual interesse juridicamente reconhecido.

E é em nome dele que o juiz, conquanto dirija o processo rumo à sua convicção, não o pode fazê-lo egoisticamente, de forma individualista, como se fosse um condutor arbitrário e arrogante, decorrendo de imperativo constitucional o seu dever de dar atenção às ponderações dos litigantes.

2. O CONTRADITÓRIO COMO NORMA ORDINÁRIA DE CONDUTA SOCIAL

O contraditório, antes de regra jurídica, constitui um saudável ritual de convívio social e familiar, pois ninguém deve formar as suas convicções acerca de qualquer assunto (do mais importante ao mais reles) sem antes conhecer a versão de todos os interessados.

Isso serve desde a mais comezinha relação familiar pai-filho até a mais complexa discussão jurídica; o ouvir a parte contrária é regra primária a merecer atenção em toda a situação numa sociedade que se pretenda democrática e plural.

3. O CONTRADITÓRIO COMO REGRA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

No direito comparado, o Tribunal Constitucional Português discerniu que o direito a um processo equânime significa "o direito a um processo contraditório. Este implica em princípio a faculdade para

as partes de um processo, penal ou civil, de tomar conhecimento de, e de discutir, todo o elemento ou observação apresentado ao juiz, mesmo por um magistrado independente, tendo em vista influenciar a decisão (...)".

Não destoa o Supremo Tribunal Federal:

> Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehor* (pretensão à tutela jurídica, no direito alemão), assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informações sobre o objeto do processo, mas também o direito de ser os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink. Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Ulrich Battis, Christoph Gusy, Einfuhrung in das Staatsrecht, 3 anos, edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

E prossegue:

> "Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berucksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juízo de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*) como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwagungspflicht*) (cf. Durig e Assmann, Maunz-Durig, Grundgesetz-Kmmentar, n. 97, art. 103, v. IV).

No mesmo sentido, a doutrina de Fredie Didier Junior:

> A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio

> do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar.
> Mas não é só isso.
> Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de 'poder de influência'. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado[1].

Nessa ordem de ideias, alguns exemplos arrecadados da experiência judiciária podem mostrar que o princípio do contraditório tem oscilado ao sabor e bel-prazer dos juízes, e, por vezes, até em tribunais superiores se observam decisões que, a pretexto de arredar recursos supostamente procrastinatórios, terminam por beliscar o dogma em comento, por simplesmente se negarem à análise dos fundamentos neles expostos.

4. EMBARGOS DECLARATÓRIOS CALCADOS EM OMISSÃO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Sedimentou-se no Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de numerosos embargos de declaração interpostos com base em suposta omissão, que

> o julgador, no exame das lides que lhe são submetidas, não está obrigado a responder questionários jurídicos elaborados pelas partes e nem a discorrer sobre todos os dispositivos legais por elas invocados. É de sua obrigação, ao examinar os contornos da lide controvertida, apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos em que apoia suas convicções para decidir.
> (STJ, 4.T, AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Min.

> Luis Felipe Salomão, julgado 16/10/2012, DJe 23/10/2012).

Ocorre que ao albergue dessa orientação, não são poucos os magistrados que simplesmente negam à parte o direito inalienável de ver seus argumentos serem sopesados pelo julgador na formação do seu convencimento, constituindo uma grave agressão ao contraditório.

De fato, o juiz não é obrigado a responder a questionários ou consultas das partes, bastando fundamentar o seu julgado de acordo com o seu convencimento; entretanto, isso não o livra de evidenciar o porquê de ter afastado os argumentos da parte vencida.

Assim já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o julgador não está obrigado a responder questionário das partes. **Entretanto, deve examinar a questão, oportunamente suscitada, que, se acolhida, pode levar o julgamento a um resultado diverso do ocorrido.** (sem grifos no original)
> 2. Necessidade de novo julgamento dos embargos declaratórios, ante a contrariedade ao art. 535 do CPC, para análise da questão referente à observância da reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República.
> 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, restando prejudicado no que concerne à questão dos juros moratórios e da correção monetária[2].

Ora, é dever do magistrado motivar todas as suas decisões (CF/88, 93, IX); não cumpriria esse mandamento o juiz que decidisse sem explicitar com clareza os passos que trilhou para chegar a tal ou qual conclusão,

afagando alegações de uma parte e afugentando as da parte adversária.

A parte vencida não apenas tem o direito de saber que perdeu a causa, mas também por que a perdera; o magistrado deve ao máximo tentar, no seu julgado, convencer a parte que ela não tem razão, analisando os argumentos por ela trazidos em seu abono, mas por ele afastadas.

5. O CONTRADITÓRIO E O DIREITO PROBATÓRIO

Encaixa-se na extensão dessa garantia constitucional, o direito das partes de terem oportunidade de tentar produzir prova da ocorrência dos fatos que, imersos nas suas argumentações jurídicas, favorecem a primazia do seu interesse jurídico frente ao da parte ex-adversa.

Como sublinham Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, "a participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que, em alguns casos, o juiz possa atuar de ofício". (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 84).

O viés constitucional do direito à prova é visto em Eduardo Cambi:

> "o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. Pode-se concluir que o direito à prova é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988[3].

Apesar de a norma do art. 330 do CPC autorizar o juiz a julgar o

mérito da demanda antecipadamente, não se está diante de uma franquia a ser usada de forma livre e arbitrária, senão decorrente de persuasão vinculada, presentes as hipóteses nele alistadas.

6. O DIREITO DE PRODUZIR PROVAS PELO RÉU REVEL

Reza o art. 330 que o magistrado está autorizado a proferir julgamento antecipado caso ocorra a revelia.

Tal orientação, todavia, há de ser interpretada com ressalvas.

A presunção de veracidade dos fatos acarretada pela revelia não é absoluta, de sorte que o requerente, mercê dela, não está totalmente livre de demonstrar ainda que minimamente os fatos em que se sustenta o direito que afirma possuir.

Logo, ainda que verificado o fenômeno da revelia, o menor titubeio do julgador em relação à narrativa fática da exordial aconselha que ele se dirija à produção de prova, a fim de melhor inteirar-se dos fatos narrados na inicial, verificando a compatibilidade da prova com a presunção gerada pela revelia.

Por outro turno, comparecendo o réu revel e mostrando interesse em produzir prova, a ele o direito não pode ser negado apenas com base na ocorrência da revelia; afinal, e conforme já frisado, a presunção decorrente da revelia não é absoluta, e, além disso, o réu revel, comparecendo, recebe o processo no Estado em que se encontra.

Nesse sentido, brilhante acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. REVELIA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. REQUERIMENTO DE PROVAS PELO RÉU REVEL. POSSIBILIDADE. LIMITES. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL. CPC, ARTS. 322, 319, 320 E 330. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I - A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse

modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito ou mesmo concluir pela improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia.
II - A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual "a questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em consequência, a prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado" (Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I, 2a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, nº 5, p.15).
III - Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a sua intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia.
IV - A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial.
V - Sem o cotejo analítico entre o acórdão impugnado e os arestos trazidos a confronto, não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a ensejar o acesso à instância especial[4].

6. OS PRONUNCIAMENTOS DE OFÍCIO E AS DECISÕES SURPRESA

Ainda nos casos em que o juiz pode agir de ofício, manda o contraditório que ele ouça a parte interessada, viabilizando-a a que espose as suas razões, para depois o magistrado decidir, evitando-se assim o que se cunhou chamar decisões surpresa.

Exemplo típico dessa situação é a condenação por litigância de má-fé, de que trata o art. 14, parágrafo único do CPC; assim, antes de condenar o litigante improbo, o magistrado deve adverti-lo de que sua conduta poderá resultar na sanção processual, abrindo oportunidade a que se pronuncie; se assim não o fizer, a sanção será descabida.

Afinal, o sancionado precisa ser cientificado dos consectários prováveis resultantes de sua postura, e que um tal comportamento pode vir a ocasionar a penalidade; só assim se lhe oportuniza a, quem sabe, desmentir os fatos que calcariam a aplicação da penalidade ou justificar razoavelmente o desatendimento do preceito judicial, inibindo, assim, a incidência da multa.

Desse modo, o contraditório apenas se empolga com a notícia e a oportunização à parte litigante de chance para influir no conteúdo da decisão a ser tomada pelo Estado-juiz.

Veja-se a seguinte decisão do STJ:

> Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ato judicial. Ausência de ilegalidade. Multa por litigância de má-fé.
> - Inviável o mandado de segurança quando não constatada ilegalidade na decisão judicial atacada.
> - Na hipótese sob julgamento, foi prolatada decisão unipessoal por desembargador relator que somente deu efetividade à decisão do órgão colegiado, restabelecendo os efeitos de liminar já concedida em primeiro grau de jurisdição.
> - Não deve ser aplicada multa por litigância de má-fe quando não foi oferecida oportunidade de defesa à parte e se sua conduta não resultou em prejuízo à parte adversa. Precedentes.
> Recurso parcialmente conhecido e nesta parte provido[5].

Outra situação diz com os fatos que o juiz pode tomar em consideração no momento de julgar, e que nem sequer foram aduzidos pelas partes, exemplo dos quais aqueles catalogados nos arts. 131 e 462 do Código de Processo Civil.

Preconiza o art. 131 do CPC: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento"; o juiz pode, logo, se amparar em fato não alegado pelas partes; já o art. 462 do CPC contém as seguintes prédicas: "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá

ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Em tais situações, conquanto o juiz possa atuar de ofício no conhecimento de fato constante nos autos, mas sequer alegado pelas partes (apesar de influente do seu convencimento), não pode fazê-lo sem antes ouvir as partes a respeito deste fato estranho às ponderações dos litigantes; o mesmo regime se aplica ao fato superveniente, que, malgrado possa e deva ser levado em consideração pelo julgador, deve antes ser levado a conhecimento das partes litigantes, para que emitam pronunciamento a seu respeito.

Arrecadam-se decisões do STJ:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 13 DA LEI FEDERAL N. 5.194, DE 1966, E DOS ARTS. 14, 23 E 27 DO DECRETO-LEI N. 3.365, DE 1941. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. OFENSA AO ART. 131 DO CPC. DECISÃO BASEADA EM CONHECIMENTO PESSOAL DO JUIZ SOBRE FATOS DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária, por meio da qual a recorrente pleiteou indenização em face de desapropriação indireta de imóveis de sua propriedade praticada pelo extinto Departamento Nacional de Estradas e Rodagens, sucedido no feito pela União.
>
> 2. A alegada violação do art. 13 da Lei Federal n. 5.194, de 1966, e dos arts. 14, 23 e 27 do Decreto-Lei n. 3.365, de 1941, não foi analisada pelo Tribunal de origem, sequer implicitamente, impondo-se, assim, o não conhecimento do recurso especial, nesta parte, por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal, incidindo, por analogia, o disposto na Súmula 282 do STF.
>
> 3. O cerne da questão apresentada neste recurso

é a suposta violação dos arts. 131 e 134, II, do Código de Processo Civil pelo Tribunal de origem, que manteve sentença na qual o juiz de primeira instância refutou o laudo pericial que foi produzido, com base no seu conhecimento pessoal do valor dos imóveis expropriados.

4. ***No sistema processual brasileiro, o art. 131 do Código de Processo Civil, ao permitir ao juiz apreciar livremente a prova, não lhe dá a prerrogativa de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais, que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes.***

5. O valor da indenização fixado com base em fator extraprocessual, qual seja, o alegado conhecimento pessoal do juiz sobre o valor dos imóveis desapropriados, ofende o art 131 do Código de Processo Civil, levando à nulidade do acórdão recorrido.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido[6].

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. FATO POSTERIOR. ART. 462. CPC.

1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*." (Súmula 211/STJ).

2. Incumbe ao julgador, de ofício ou a requerimento da parte, levar em conta fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, ocorrido posteriormente ao ajuizamento da ação, capaz de influir no seu julgamento, ainda que arguido em embargos declaratórios, inclusive para evitar decisões contraditórias. Precedentes jurisprudenciais do STJ.

3. Dispõe o artigo 462, do CPC:" Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo,

> modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz, tomá-la em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença." 4. *In casu*, o Tribunal *a quo* teve conhecimento do fato superveniente - reforma do Plano Diretor de Porto Alegre, no que diz respeito à taxa de ocupação que ficou caracterizada como exagerada, bem assim a possibilidade de regularização, efetuado pela Lei 434/99 - por intermédio da oposição de Embargos de Declaração.
> 5. ***Desta sorte, incumbia ao Tribunal de origem, em face da influência do fato superveniente, e considerando a possibilidade de conceder-se efeitos infringentes aos embargos, determinar a intimação da parte contrária para manifestar-se em atenção ao princípio do contraditório.***
> 6. Deveras, o art. 517 do CPC permite o *ius novorum* quanto à questão fática superveniente, o que impõe a análise de legislação ulterior amparando a pretensão da parte.
> 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o retorno dos autos à instância *a quo* para que examine a questão superveniente, nos termos do art. 462, do CPC, restando prejudicado o exame das demais alegações da recorrente[7].

7. CONCLUSÃO

O processo judicial é instrumento de pacificação social (resolução de conflitos) que se realiza ao amparo do contraditório; o contraditório está umbilicalmente unido ao processo, possuindo duas facetas: a formal (o direito a ser ouvido) e a substancial (o direito de tentar influenciar a decisão do magistrado).

É o contraditório uma das mais eloquentes emanações da democracia dentro do processo, vista como o direito de participação ativa, de verdadeiro protagonismo que se empresta às partes, enxergado como decorrente do exercício democrático do Poder Judiciário.

Um processo destituído de contraditório não é um processo senão

um arremedo de processo, contraproducente ao estágio de civilização e de maturidade a que alcançou a democracia brasileira, com reflexos em todos os seus poderes constituídos, mormente o jurisdicional.

Caso não fosse proporcionado à parte o direito de tentar influir na decisão, com ideias, versões fáticas, argumentos, fatos supervenientes, argumentos jurídicos, e ciência das ponderações da parte adversária, estaria em crise a garantia do contraditório.

O processo democrático se baseia no equilíbrio, equidistância das partes, paridade de armas e diálogo. Um processo em que as partes possam controlar umas às outras, os sujeitos processuais detenham poderes e formas de controle adredemente fixados.

O CONTRADITÓRIO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

ABSTRACT: The dogma of the adversary, raised the fundamental guarantee of the Constitution, the judicial process color inks of dialectics, printing litigants the right to be heard and to participate actively in the procedural setting, including trying to influence the judge's rational persuasion. Consequence of contradictory is the right of the parties to the production of evidence that may be relevant for supporting their interests defended in court, so even though it is the judge recipient of proof, it is not an arbitrary or arrogant driver of the process, Mr. intransigent the right of the party to produce evidence, and it shall deny reasoned only when it proves irrelevant or unnecessary to the judgment.

KEYWORDS: Procedural law. Constitutional. Contradictory. Right. proof.

Notas

[1]DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil/Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 45.

[2](REsp 940.270/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 30/10/2008, DJe 24/11/2008)

[3]CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 111

[4](REsp 211.851/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA,

julgado em 10/08/1999, DJ 13/09/1999, p. 71)
[5]RMS 19.092/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 436)
[6](REsp 1205380/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 08/08/2012)
[7](REsp 567.951/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 662)

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*/Eduardo Arruda Alvim. - 2. ed. Reform., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*/Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Volume 1. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
MARINONI, Luiz Guilherme. Prova/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz. Arenhart. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte geral e processo de conhecimento*; José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 – (Processo Civil Moderno)
NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO APTO A PROMOVER A DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM A REALIDADE CONSTITUCIONAL

Leonardo Souza Santana Almeida*

RESUMO: O instituto processual da audiência pública foi introduzido no direito brasileiro pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam os processos de controle concentrado de constitucionalidade. Neste artigo, será objeto de análise a experiência do Supremo Tribunal Federal na utilização do instituto. Como pretendemos apreender se os argumentos desenvolvidos pelos participantes da audiência foram incorporados aos votos dos Ministros, analisamos apenas as audiências realizadas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, bem como a audiência pública da saúde, porquanto nestas foram proferidas decisões pelo Tribunal. A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, aliada ao possibilismo constitucional, de Peter Häberle, constitui o marco teórico do nosso trabalho, diante da ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais proporcionada pelo mecanismo das audiências públicas. A utilização das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal coincide com o movimento de protagonismo e ativismo judicial do referido Tribunal, que nos últimos anos vem julgando casos envolvendo discussões acerca do conteúdo normativo dos direitos fundamentais e da definição de políticas públicas, que antes eram confiados aos poderes ditos políticos. Nos casos específicos das audiências públicas analisadas, ressaltamos que discussões acerca dos direitos à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde estão sempre presentes. Destacamos, ao final, a função das audiências públicas, consistente em subsidiar os ministros de informações necessárias ao julgamento e propiciar a construção de alternativas de interpretação constitucional, bem como conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal.

* Juiz de Direito no Estado de Sergipe, Professor Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: lssalmeida@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Audiência pública. Legitimidade democrática.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem assumido, no concerto institucional brasileiro, um papel de proeminência, exercendo atribuições tradicionalmente reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Podemos citar, como exemplos desta assertiva, a implementação de políticas públicas, notadamente em áreas relacionadas aos direitos à saúde e à educação, e a definição de temas importantes, como a demarcação de terras indígenas, a possibilidade de utilização, para pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias e, mais recentemente, a redefinição do instituto da união estável para abarcar as uniões homoafetivas.

Nesse contexto, o estudo que ora se apresenta, sob o fundamento teórico-filosófico da vasta obra doutrinária de Peter Häberle, cujos pontos principais pretendemos destacar, analisa as audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal em processos de inegável repercussão política, econômica, social e cultural.

No primeiro capítulo, de cunho eminentemente teórico, abordaremos, com a extensão e a profundidade permitidas neste trabalho, as contribuições de Peter Häberle para o estudo e a práxis do Direito Constitucional, notadamente a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e o possibilismo constitucional, desenvolvidos, respectivamente, nas seguintes obras: *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição (1997) e Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta (2002)*.

A partir das ideias desenvolvidas nos referidos estudos, Peter Häberle apresenta a sua **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura** (2000), que se apresenta como referencial teórico fundamental para a análise de aspectos inerentes à cultura constitucional brasileira pós-Constituição de 1988, tema que iremos desenvolver, para demonstrar a emergência de um ambiente propício para a disseminação das ideias häberleanas no Brasil, favorecendo a criação dos institutos processuais

do *amicus curiae* e das audiências públicas, destinados a propiciar instrumentos de informação aos juízes constitucionais em sua tarefa de proferir a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

As audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, bem como a audiência pública da saúde, serão objeto de análise, com o objetivo de destacar a função que vem desempenhando o referido instituto no processo decisório. A verificação da incorporação aos votos proferidos pelos julgadores dos argumentos esgrimidos na audiência pública é o nosso principal objetivo, pois, apenas com a efetiva utilização de tais subsídios, este instituto de direito processual constitucional estará servindo como instrumento de democratização da interpretação constitucional e de construção de alternativas de interpretação do texto constitucional, a partir da realidade a ele subjacente.

2. A TEORIA DE PETER HÄBERLE: A DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PENSAMENTO JURÍDICO DO POSSÍVEL

Peter Häberle desenvolveu, em obra traduzida no Brasil por Gilmar Ferreira Mendes, a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição (1997), fornecendo inovadora contribuição para o debate constitucional, ao enfocar, em matéria de interpretação constitucional, ao invés dos seus métodos, objetivos e tarefas, os seus participantes.

Diante do pluralismo e da complexidade das sociedades modernas, Häberle afirma que a interpretação constitucional não pode ser tarefa apenas dos intérpretes formais da Constituição (partes do processo e juiz constitucional), enunciando a seguinte tese central:

> (...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (1997, p. 13)

Todos aqueles, portanto, que vivem a norma, findam por interpretá-la

(Häberle, 1997, p. 13), o que propicia a democratização da interpretação constitucional. Esta não pode ser monopólio dos intérpretes jurídicos (sociedade fechada dos intérpretes da Constituição), pois não são apenas estes que vivem a norma. Na medida em que à jurisdição constitucional permanece a missão de proferir a última palavra[1] em matéria de interpretação da Constituição, os membros da esfera pública pluralista figurariam ao menos como pré-intérpretes da Constituição. À interpretação constitucional em sentido estrito, que fazem os participantes formais do processo constitucional, soma-se a interpretação produzida por todos os cidadãos que se façam presentes de forma ativa e passiva nos atos da comunidade política (Häberle, 2002, p. 89).

Vale destacar que, nesta perspectiva, o texto normativo é um ponto de partida e não um ponto de chegada, partilhando Häberle da concepção de que não existe norma jurídica anterior ao processo de interpretação. Este, a partir do texto normativo, produz a norma jurídica. Acrescentaria Häberle: traduzindo não apenas o texto, mas também "a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles" (Häberle, 1997, p. 43).

Há, assim, na teoria häberleana, a conjunção entre o documento escrito que denominamos Constituição e a realidade constitucional, resultando, através de um processo interpretativo do qual participam os intérpretes formais da Constituição, os agentes públicos e os membros da esfera pública pluralista, na construção da Constituição adequada ao tempo histórico. Diverge, neste ponto, tanto das teorias puramente normativistas quanto das teorias que integram o movimento do realismo jurídico, porquanto nas primeiras é considerado apenas o texto normativo, enquanto nas segundas enfatiza-se somente a realidade constitucional.

A distinção entre "texto" e "norma" foi a tese central da obra do constitucionalista alemão Friedrich Müller (2009), que enfatiza a dimensão pragmática da concretização da norma, conferindo menor relevância ao seu aspecto semântico. A estrutura da norma jurídica, para o citado jurista, compõe-se de dois elementos: i) o programa normativo, construído mediante a assimilação de dados primariamente linguísticos, a partir do texto normativo, e ii) o âmbito normativo, construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados reais, primariamente não linguísticos (Müller, 2009, p. 194). A norma jurídica, portanto, não se

confunde com o seu texto, sendo produzida no decorrer do processo de concretização, o que lhe confere adaptabilidade às mudanças culturais e socioeconômicas, sem a necessidade de modificação do seu texto.

À perspectiva de Müller, referente à matéria da interpretação constitucional, alia-se a orientação de Häberle, referente às pessoas e grupos (Neves, 2007, p. 85). O "processo de concretização" proposto por Müller, e a "esfera pública pluralista" que, para Häberle, deve participar do processo de concretização constitucional, "são fórmulas distintas de acentuar a equivocidade semântica dos textos constitucionais (dissenso valorativo ou 'ideológico' na 'comunidade' discursiva)" (Neves, 2007, p. 87-88).

A adoção de uma perspectiva procedimentalista, como a desenvolvida por Peter Häberle, em matéria de interpretação constitucional, prestigia o pluralismo de ideias, valores e concepções sobre o conceito de "vida boa" existente nas sociedades modernas, na medida em que não exclui a possibilidade de alguma dentre as interpretações veiculadas pelos diversos membros da sociedade ser posteriormente adotada, embora provisoriamente afastada, em um dado momento histórico, pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto pluralista, não podemos falar de uma única decisão corretamente fundamentada no texto constitucional, mas de várias alternativas de interpretação, devendo o juiz constitucional adotar aquela que melhor se adapta ao contexto atual, fazendo da concretização constitucional uma atividade historicamente situada.

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição apresenta o seguinte "catálogo provisório" de participantes da interpretação constitucional:

> (1) as funções estatais:
> a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido;
> b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público;

(2) os participantes do processo de decisão nos casos 1ª e 1b, que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é:

a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschewerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um "diálogo jurídico" ("*Rechtsgespräch*");

b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g. §§ 77, 85, nº 2[25], 94, nº 1 a 4, §§ 65, 82, nº 2, 83, nº 2, 94, nº 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, nº 4, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*);

c) pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Interno do Parlamento Federal);

d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a "*longa manus*" da eleição de juízes;

e) os grupos de pressão organizados (§ 10 do Regimento Interno do Governo Federal);

f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;

(3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo), o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da

> comunidade, os pedagogos, as associações de pais; (4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nºs 1, 2 e 3; ela tem um papel essencial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis. (Häberle, 1997, p. 19-23).

O rol supra deve merecer as necessárias adaptações para a realidade constitucional brasileira. Como nota fundamental, constatamos o fato de incluir, dentre os participantes da interpretação constitucional, não só aqueles que efetivamente participam do processo, mas também os cidadãos, grupos organizados e todos os membros da sociedade.

Häberle enfatiza o diálogo e a participação dos diversos integrantes da esfera pública pluralista na jurisdição constitucional. A sua teoria não se preocupa com a busca do consenso, mas sim com a abertura procedimental, no sentido de que todos possam fornecer as contribuições necessárias para a construção de alternativas de decisão para o juiz constitucional, passando a decisão proferida no processo de controle de constitucionalidade a ser vista não mais como uma operação individual, mas sim como uma decisão construída no espaço democrático de diálogo.

Assim, revela-se coerente a sua proposta de substituição da democracia do povo, no sentido de Rousseau, identificada com uma vontade geral (consenso), pela democracia do cidadão, orientada pelo pluralismo (dissenso), característica das sociedades modernas. A função do Poder Judiciário, na concretização da Constituição, passaria a ser a de assimilar o dissenso presente na sociedade, absorvendo as diversas alternativas de interpretação constitucional apresentadas pelos seus membros e aplicando, acrescentamos nós, na linha do racionalismo crítico popperiano[2], aquela que melhor resistir às críticas, em um dado momento histórico.

Constata-se uma modificação no papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional. Se, adotando-se uma interpretação substancialista, cumpre ao juiz constitucional identificar os valores presentes na Constituição, ponderá-los e deles extrair uma regra que irá reger o caso concreto[3], adotando-se a interpretação procedimentalista proposta por Häberle, o juiz constitucional passa a atuar como mediador entre as diferentes forças políticas que participam do processo de interpretação constitucional. Segundo Häberle (1997, p. 42), "o resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência*, devendo

ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais".

A proposta de Häberle é adequada para enfrentar o déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário, suscitado por todos aqueles que são contrários ou têm reservas quanto ao exercício por este das funções de controle de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Executivo e do Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos democraticamente pelo povo. Trata-se de uma proposta que pretende a realização de uma democracia radical, participativa, pluralista, baseada na divisão de poderes, em substituição à tradicional democracia deliberativa.

A teoria objeto de análise compatibiliza a função de controle de constitucionalidade, confiada pela Constituição ao Poder Judiciário, com o princípio democrático. Nesse sentido, deve ser prestigiada a função exercida pelo Parlamento, mediante a observância da seguinte regra: quanto maior a participação democrática na elaboração da lei, o que se observa em situações em que a norma elaborada pelo Poder Legislativo foi objeto de debates e intensa participação da sociedade, menor deve ser a interferência judicial (Häberle, 1997, p. 45).

No âmbito do direito processual constitucional[4], deve-se permitir uma maior participação dos diversos integrantes da sociedade no processo de controle de constitucionalidade, seja através da intervenção de terceiros *(amicus curiae*) ou pelo mecanismo das audiências públicas.

A importância do direito processual constitucional, com a ampliação de formas de participação institucionalizada das diversas potências públicas interessadas, o que viabiliza a disponibilização de instrumentos de informação aos juízes constitucionais, foi destacada por Peter Häberle (1997, p. 47-48):

> Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas "intervenções").

É importante destacar que não é suficiente a abertura procedimental

da jurisdição constitucional para a participação dos cidadãos, devendo-se analisar se tais mecanismos estão efetivamente cumprindo a sua missão de influenciar conteudisticamente as decisões do órgão incumbido de exercer o controle de constitucionalidade, no sentido indicado por Peter Häberle (1997, p. 31-32), que diferencia a sua teoria da "legitimação pelo procedimento" no sentido de Luhmann:

> Também a "legitimação pelo procedimento" no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções (assim, Luhmann, Legitimation durch Verfahren. 1969, p. 27 s., 107 s.). Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um "aprendizado" dos participantes, mas de um "aprendizado" por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes. (...)

Cumpre asseverar, ainda, que a teoria de Häberle não defende um populismo judicial, no sentido de que as decisões da jurisdição constitucional devem refletir o pensamento da maioria dos membros da sociedade civil, mas sim que todas as "potências públicas" interessadas devem ser admitidas a participar do processo, contribuindo para a construção de alternativas de interpretação constitucional.

Revela-se fundamental conciliar a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição com o "possibilismo constitucional", outra importante contribuição de Peter Häberle para a ciência do direito constitucional.

O pensamento jurídico do possível[5] só se evidencia com a compreensão da Constituição como "processo político" ou "projeto" (Häberle, 2002, p. 66), o que lhe confere múltiplas possibilidades de interpretação. Nesse sentido, escreve Häberle (2002, p. 60):

> Ditas Constituições não se apresentam ao

> cidadão como uma oferta simples e clara, senão conjuntamente como oferta e convite à reflexão (como pensamento ontológico), do que não são senão resultados parciais configurados a sua vez como tais.[6]

Não sendo um texto acabado, mas sim um projeto em contínua elaboração, propõe Häberle que a jurisdição constitucional considere, em sua tarefa de mediadora entre a teoria e a práxis, as necessidades e as possibilidades presentes na realidade constitucional, apreendidas na esfera pública pluralista. Compõe-se, assim, a tríade realidade-possibilidades-necessidades, sempre presente na doutrina de Häberle, devendo a referida tríade ser analisada segundo uma metodologia própria, de forma consecutiva:

> (...) antes de tudo, mediante uma análise prévia do realista; em seguida, mediante uma investigação o mais exaustiva possível de todas as suas possíveis alternativas; alternativas que, por outro lado, deverão ser ponderadas e avaliadas corretamente para que se possa detectar o grau de necessidades a elas inerentes.[7] (Häberle, 2002, p. 78).

É importante anotar que tal metodologia não exclui a importância do texto normativo, devendo este ser posto como ponto de partida do processo de interpretação/aplicação da Constituição. Delimita-se a referida tríade desde o âmbito da normatividade, reconhecendo-se, contudo, que existem normas tão claras cujos conteúdos prescindem da análise da realidade, das possibilidades e necessidades (Häberle, 2002, p. 81).

Renuncia-se, assim, a um sentido ontológico das disposições constitucionais, em especial das concernentes aos direitos fundamentais, o que permite a sua adaptação às novas realidades. Frise-se não se tratar, como adverte Häberle, de um pensamento alternativo (ou um ou outro), mas de um pensamento que admite a construção de diversas possibilidades de interpretação do texto constitucional, que decorrem da realidade e das necessidades em constante mutação.

A Constituição não é, portanto, um conjunto de normas prontas e acabadas ou, ainda, um plexo de princípios e regras para cuja apreensão

de sentido a atividade solitária do jurista ou do juiz seja suficiente. Antes, configura um "projeto" em contínua mutação, adaptável ao tempo histórico. Como os seus conceitos estão em permanente construção, revela-se necessária a participação dos cidadãos no processo de interpretação/aplicação, o que pressupõe uma comunicação o mais livre possível de coibições, no sentido habermasiano (Häberle, 2002, p. 65).

Com isso, o autor se afasta das interpretações substancialistas, que buscam um sentido inerente à norma jurídica, para afirmar que dela podem ser extraídos diversos sentidos, sendo necessário, para tanto, o recurso à tríade realidade-possibilidades-necessidades.

Häberle não entende o progresso como algo linear, mas sim como um processo de avanços e retrocessos. Destarte, o pensamento possibilista não se orienta apenas para o futuro, considerando também as experiências passadas. A um só tempo, considera, no sentido de Reinhart Koselleck (2006), as categorias históricas do "campo de experiências" e do "horizonte de expectativas". A Constituição, ancorada na filosofia do chamado "espírito aberto" popperiano, permanece aberta em direção ao futuro e ao passado, desenvolvendo o espírito humano presente e histórico (Häberle, 2002, p. 88).

Desse modo, uma experiência passada, já substituída por uma outra no decorrer do tempo, não estaria necessariamente "ultrapassada", permanecendo como virtualmente possível. Häberle (2002, p. 68) sustenta a reversibilidade de toda possibilidade e alternativa que surja no marco constitucional.

Häberle identifica as clássicas liberdades individuais como "possibilidades", porquanto representam o veículo e depósito de alternativas e inovações, sobretudo e especialmente das quais se faz possível o pluralismo democrático, a exemplo das garantias do sistema de eleições democráticas, da liberdade de sufrágio, da liberdade de eleição de ofício, trabalho ou profissão, da liberdade de eleição do lugar de trabalho e formação profissional, da igualdade de oportunidades no acesso à formação, da liberdade de eleição do lugar de residência, dentre outras (2002, p. 68-69).

Uma outra contribuição relevante do pensamento possibilista de Häberle verifica-se no nível do processo hermenêutico. Esse autor faz importante constatação quanto ao voto vencido nos julgamentos do Tribunal Constitucional da Alemanha:

> (...) o chamado "voto reservado" dos magistrados do Tribunal Constitucional alemão não é outra coisa senão a expressão processual institucionalizada do conhecimento de que as normas jurídicas se acham de *per si* abertas a toda uma gama de múltiplas e variadas possibilidades exegéticas e de alternativas diferentes, sabendo que a adoção de uma delas não significa de modo algum a exclusão de outras possíveis alternativas no futuro.[8] (Häberle, 2002, p. 71)

Destarte, a minoria ocasional pode-se transformar em maioria em um momento posterior. Esse processo de alteração da jurisprudência, que pode envolver um processo de mutação constitucional, decorrente da interação entre a realidade constitucional e as possibilidades dela decorrentes e o texto constitucional, encontra explicação na obra de Peter Häberle, que considera a Constituição Federal um projeto em contínuo desenvolvimento. A Constituição não é um texto acabado e definitivo; ao contrário, está em permanente elaboração pelos órgãos incumbidos de interpretá-la e aplicá-la.

O pensamento possibilista é considerado por Häberle (2002, p. 74) como um instrumento para assegurar a salvaguarda da Constituição através dos tempos.

Revela-se, portanto, a importância da relação entre "tempo" e Constituição na obra de Peter Häberle. O método de interpretação por ele preconizado, caracterizado pela flexibilidade, abertura e pluralismo, mantém aberta a possibilidade de mudança do conteúdo das normas constitucionais sem a necessidade de alteração do seu texto, evitando, assim, abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora (Bonavides, 2001, p. 471).

3. A CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RECEPÇÃO DA TEORIA DE PETER HÄBERLE NO BRASIL

A análise acerca da recepção da teoria de Peter Häberle no contexto nacional não pode ser dissociada da apreensão da cultura constitucional brasileira, considerando as premissas de ser a Constituição uma produção

cultural e a Teoria da Constituição uma ciência da cultura (Häberle, 2000).

A cultura constitucional brasileira deve ser compreendida a partir das culturas constitucionais clássicas, seja no aspecto ideológico seja em uma perspectiva sistêmica, para utilizar a sistematização proposta por Bruno Galindo (2006). Por cultura constitucional, entende-se:

> a soma de atitudes e de ideias, de experiências subjetivas, escalas de valores e expectativas subjetivas e das correspondentes ações objetivas tanto a nível pessoal do cidadão como ao de suas associações, assim como a nível de órgãos estatais e ao de quaisquer outros relacionados com a Constituição, entendida esta como processo público[9] (Häberle, 2000, p. 36-37).

A Constituição Federal promulgada em 1988, em sua perspectiva ideológica, contempla elementos das culturas constitucionais liberal e social, na medida em que consagra as características da supremacia da Constituição (através da previsão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e da presença de cláusulas pétreas), da separação dos Poderes, da existência de um catálogo de direitos individuais de matriz liberal e, também, diante da previsão de direitos econômicos, sociais e culturais e da presença de normas constitucionais que determinam um programa mínimo de governo.

No tocante à perspectiva sistêmica, a nossa cultura constitucional, embora se filie ao sistema jurídico do *civil law*, de influência romano-germânica, também colhe elementos do *common law*, a exemplo do respeito às decisões dos Tribunais Superiores, que avança paulatinamente mediante a instituição de decisões vinculantes.

Insere-se a Constituição brasileira de 1988, portanto, no contexto da cultura constitucional ocidental, dela extraindo elementos que forjaram a sua estrutura básica e o seu conteúdo mais significativo. Há de ser destacado, também, o papel da cultura brasileira na edificação da obra constitucional. Nesse sentido, a Constituição revela-se como um espelho do legado cultural da sociedade ocidental e brasileira[10] na época da sua promulgação, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, com a participação dos demais membros da esfera pública pluralista, o papel de atualizar o seu conteúdo normativo.

Analisando o texto normativo da Constituição Federal promulgada em outubro de 1988, temos a sociedade brasileira como uma "sociedade pluralista e sem preconceitos" (preâmbulo), erigindo a Carta, em seu artigo 3º, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III) e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV). Relaciona, ainda, no seu art. 1º, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a "dignidade da pessoa humana" (inciso III) e o "pluralismo político" (inciso V).

No rol dos direitos fundamentais, encontramos diversas normas que se inserem no contexto da luta pelo reconhecimento de grupos tradicionalmente marginalizados economicamente e discriminados culturalmente. Discriminações referentes a gênero (art. 5º, I), a crença religiosa ou filosófica (art. 5º, IV e VIII) e a raça (art. 5º, XLII; art. 7º, XXX) são vedadas explicitamente pela Constituição. Esta ainda revela a preocupação do constituinte com o direito à identidade cultural dos negros, como se extrai da leitura do seu art. 216, § 2º. Os índios, que pioneiramente ocuparam o nosso território, foram contemplados em norma específica (art. 231), que exige o "reconhecimento" desse grupo marginalizado, cujas manifestações culturais são, no mais das vezes, consideradas "primitivas", em contraposição com a modernidade que caracteriza a nossa sociedade.

A Constituição, a par de ser uma produção cultural[11], também se afigura como influente para a instituição de uma "cultura constitucional", refletida no modo como os seus preceitos são compreendidos e aplicados na vida cotidiana do cidadão, da sociedade e do Estado.

O aspecto pluralista da cultura deve ser aqui enfatizado, no sentido de que em uma mesma sociedade podem desenvolver-se simultaneamente diferentes culturas (Häberle, 2000, p. 26). Percebemos, nesse ponto, que as teorias da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a do possibilismo constitucional, na medida em que visualizam uma pluralidade de intérpretes e de alternativas de interpretação do texto constitucional, resultam na "Teoria da Constituição como Ciência da Cultura".

Há, no Brasil, um ambiente jurídico propício para a disseminação

de ideias, valores e concepções distintas na esfera pública pluralista. Contudo, devemos considerar o fato de que uma parcela da nossa sociedade encontra-se desprovida dos mais elementares direitos, inerentes à dignidade humana, impossibilitando-a de participar dos debates constitucionais. Estamos, nesse ponto, com Michelangelo Bovero (2002, p. 37), que assevera serem precondições da democracia os direitos fundamentais cuja violação possa comprometer e tornar vão o exercício dos direitos políticos, sendo classificados como tais algumas liberdades públicas de matriz liberal e alguns direitos sociais, como educação e subsistência. Com efeito, não sendo conferidos de fato os direitos básicos, como se pretender que a totalidade dos cidadãos participe do debate constitucional acerca do conteúdo normativo dos direitos fundamentais?

Apesar desta advertência, não consideramos serem inaplicáveis as ideias de Peter Häberle no contexto brasileiro[12], tendo em vista que, apesar de não visualizarmos um sentimento de forte apreço pela Constituição, como acontece em países integrantes da modernidade central, constatamos que há uma crescente mobilização da cidadania[13]. Podemos citar como exemplo desta assertiva a recente mobilização popular pela aprovação da Lei Complementar nº 135/2010 (a Lei da "ficha limpa")[14]. Outros exemplos podem ser extraídos da agenda do Supremo Tribunal Federal, em que julgamentos como o proferido na ADI 3510, acerca da possibilidade da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, produziram intensa participação de diversos setores organizados da sociedade.

Destarte, se ainda não podemos considerar o Brasil um Estado integrante da modernidade central, não somos impedidos de aspirar a sê-lo. Ademais, apenas com a mobilização crescente da cidadania na defesa dos seus direitos, seja no âmbito do Poder Judiciário ou dos Poderes Executivo e Legislativo, poderemos instituir, realmente, um círculo de intérpretes da Constituição, permitindo ao cidadão deixar de ser um mero espectador para passar a ser um ativo participante nas decisões constitucionais[15].

No âmbito legislativo, as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que institucionalizaram as figuras jurídico-processuais do *amicus curiae* e das audiências públicas, configuram nítida recepção das ideias de Peter Häberle.

Inocêncio Mártires Coelho (1998a, p. 161), referindo-se ao Projeto

de Lei nº 2.960, de 1997, do Poder Executivo, depois convertido na Lei nº 9.868/99, destaca que o texto normativo contém várias "aberturas hermenêuticas – umas bem significativas, outras nem tanto – destinadas, todas, a conferir *um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade*". Cita, como tais, as seguintes disposições: a) a permissão, contida no Projeto, para que os outros legitimados para a propositura da ação direta se manifestem sobre o objeto da ação, podendo juntar documentos que considerarem úteis para o exame da matéria e apresentar memoriais[16]; b) a faculdade conferida ao relator para requisitar informações adicionais, determinar a produção de prova pericial ou designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria[17]; c) a permissão concedida ao relator para solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada[18]; d) a possibilidade de admissão no processo de órgãos e entidades, dada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, na condição de *amicus curiae*[19].

Na área doutrinária, há várias obras e artigos acerca das teorias desenvolvidas por Peter Häberle[20], bem como aquelas que, de alguma maneira, incorporam as suas teses e as utilizam para desenvolver as suas próprias teorias, de que é exemplo a obra de Bruno Galindo, intitulada *Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul (2006)*. Nesta, o autor apresenta, como pressupostos filosófico-jurídicos da sua "Teoria Intercultural da Constituição"[21], o racionalismo crítico de Karl Popper e os seus desdobramentos no âmbito da Teoria da Constituição, em especial o possibilismo constitucional, com a ideia a ele subjacente de interpretação do texto constitucional a partir do recurso à tríade realidade-necessidades-possibilidades (Galindo, 2006, p. 135-139).

Há que se destacar, também, que praticamente todos os cursos ou manuais de direito constitucional[22] fazem referência à teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ao versarem sobre a abertura procedimental instituída pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que introduziram, no processo constitucional, as figuras jurídicas do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Gilmar Mendes é um dos maiores disseminadores das ideias de

Peter Häberle no Brasil, a partir da própria tradução que fez, em 1997, da sua obra *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Com a colaboração de André Rufino do Vale, o Professor e Ministro Gilmar Mendes escreveu artigo versando sobre "O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" (2008/2009), no qual descreve a importância da contribuição de Peter Häberle em decisões proferidas pelo Tribunal, considerando quatro tópicos temáticos centrais do seu pensamento: "1) *Amicus curiae* e audiências públicas; 2) Pensamento de possibilidades; 3) Tempo e Constituição: a mutação constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo" (Mendes; Vale, 2008/2009, p. 3).

Considerando a extensão deste trabalho acadêmico, a nossa análise será limitada às audiências públicas.

4. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 PRESSUPOSTOS LEGAIS E REGIMENTAIS

A designação de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal está autorizada pelas leis que disciplinam os processos de controle concentrado de constitucionalidade, sendo parte integrante do que pode ser designado "fase instrutória"[23] de tais processos.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a sua convocação está prevista no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, que prescreve:

> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.
> § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em

> audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O art. 20, § 1º, da mesma Lei[24], com idêntica redação, contempla a possibilidade de convocação de audiências públicas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

A Lei nº 9.882/99, que disciplina o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também contém a previsão de utilização deste instrumento processual:

> Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
> § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Além dessas hipóteses legais, mediante a alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, promovida pela Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009, foram introduzidas outras possibilidades de convocação de audiências públicas, por iniciativa do Presidente ou do relator de processo em trâmite no Tribunal.

Ressaltamos que, com a alteração do Regimento Interno, para a convocação de audiência pública não é mais necessário que a discussão jurídica esteja sendo travada em processo de controle concentrado de constitucionalidade, podendo se situar no interior de processo em que o Tribunal deva exercer o controle difuso de constitucionalidade ou, ainda, não ser objeto de um processo específico, mas sim de vários processos tramitantes no Tribunal. Configura exemplo desta última hipótese a convocação, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, da denominada audiência pública da saúde, destinada a debater aspectos relevantes acerca da judicialização do direito à saúde.

Cumpre asseverar que a competência dos tribunais para elaborar os

seus regimentos internos foi conferida pelo art. 96, I, "a", da Constituição Federal, que determina a observância das normas do processo e das garantias processuais das partes, indicando como matéria a ser versada a atinente à competência e ao funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Tanto ao autorizar a realização de audiências públicas em processos não enquadrados dentre os de controle de constitucionalidade, quanto ao regulamentar o seu procedimento, não vislumbramos qualquer mácula de inconstitucionalidade ou ilegalidade nas disposições regimentais.

Transcrevemos os dispositivos regimentais:

> **Art. 13.** São atribuições do Presidente:
> (...)
> **XVII** – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.
> **Art. 21**. São atribuições do Relator:
> (...)
> **XVII** – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

Considerando a ausência de procedimento regrado em lei para a realização de tais audiências, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado pela Emenda Regimental nº 29/2009, prevê:

> **Art. 154.** Serão públicas as audiências:
> **I** – (Suprimido)
> **II** – para instrução de processo, salvo motivo relevante.
> **III** – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII,

deste Regimento.
Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:
I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;
II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;
III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;
IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;
V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;
VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;
VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.
Art. 155. O Ministro que presidir a audiência deliberará sobre o que lhe for requerido.
§ 1° Respeitada a prerrogativa dos advogados, nenhum dos presentes se dirigirá ao Presidente da audiência, a não ser de pé e com sua licença.
§ 2° O secretário da audiência fará constar em ata o que nela ocorrer.

Antes da introdução, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, das citadas regras procedimentais, as audiências públicas convocadas e realizadas adotavam o procedimento determinado pelo ministro que, na condição de relator do processo, presidia a audiência. Em verdade, mesmo após a alteração do Regimento, remanesce uma grande parcela de discricionariedade ao ministro presidente da audiência[25], consoante se constata através da leitura do seu art. 154, parágrafo único, III e VII.

Os referidos dispositivos normativos concebem a audiência pública como um instrumento destinado a subsidiar os Ministros do Supremo Tribunal Federal de informações acerca de matéria ou circunstância de fato relevante para o julgamento do processo. Por isso, eles se referem ao depoimento de pessoas com "experiência e autoridade na matéria". Tratar-se-ia, portanto, de um instrumento de natureza nitidamente técnica, informativa, instrutória[26].

Contudo, não é suficiente a interpretação meramente literal dos dispositivos legais e regimentais para que possamos afirmar qual a função das audiências públicas designadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revela-se fundamental analisar a forma como elas vêm sendo utilizadas na práxis do referido Tribunal, para que possamos constatar se elas estão cumprindo uma finalidade apenas instrutória, ou se estão funcionando como um instrumento destinado a promover a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, apto até mesmo a conferir legitimação democrática à decisão proferida pelo Tribunal.

4.2 BREVE RELATO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste item, examinaremos as audiências públicas indicadas na introdução, realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, abordando os seguintes aspectos: i) o objeto da audiência pública, ou seja, quais os temas nela versados; ii) os participantes da audiência pública; iii) a condução do ato processual pelo ministro que a presidiu, bem como a participação dos demais ministros. Após a análise de cada uma das audiências, pretendemos analisar se houve incremento de subsídios técnicos à decisão proferida pelo Tribunal, bem como se serviu a audiência pública como instrumento apto a legitimar democraticamente o STF, ao permitir que diversas forças da esfera pública pluralista participassem ativamente do processo constitucional, identificando alternativas de interpretação do texto constitucional.

Uma audiência foi designada nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI[27], outra foi convocada pela relatora de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF[28] em

trâmite no Tribunal e a última foi designada pelo Presidente do Tribunal, sob o argumento de que vários processos tramitantes na Corte abordavam a matéria[29].

4.2.2 ADI 3510: A DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO, PARA FINS DE PESQUISA E TERAPIA, DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi realizada em 20 de abril de 2007, quase 8 (oito) anos depois da autorização legislativa, sendo convocada nos autos da ADI 3510, que discutiu a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005[30], intitulada Lei de Biossegurança, a qual permite, sob específicas condições e para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro*.

A constitucionalidade do referido bloco normativo foi apreciada a partir da análise dos conteúdos normativos do direito à vida (CF, art. 5º, *caput*), do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e, ainda, do direito à saúde (CF, art. 6º, *caput*) e do direito à livre expressão da atividade científica (CF, art. 5º, IX).

É interessante anotar que os temas agitados na referida ADI são de natureza multidisciplinar, abrangendo aspectos filosóficos, éticos, religiosos e científicos. A tentativa de exegese da Constituição, com a utilização dos métodos hermenêuticos tradicionais, revela-se frustrada e inapta à resolução do "caso difícil" que se apresentou para exame do Supremo Tribunal Federal.

O caso sob referência revela-se um excelente exemplo de como não é possível separar a "Constituição" da "realidade constitucional". Apenas a partir do exame desta poderemos extrair o conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais em um dado momento da história.

Quanto aos participantes da audiência pública, merecem destaque dois aspectos essenciais: o primeiro, atinente à abertura, concedida pelo relator, para os *amici curiae* indicarem pessoas para serem ouvidas na audiência pública, o que lhes conferiu a possibilidade de intensa participação na construção da decisão ao final adotada pelo Tribunal; o segundo, concernente à divisão dos participantes em dois blocos fixos e

definidos, um a favor e outro contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias. Tal *modus procedendi*, ao nosso entender, fez com que se observasse, claramente, a disposição e o empenho dos especialistas em defender o ponto de vista jurídico manifestado pela parte ou *amicus curiae* que o indicou. Participaram da audiência pública cientistas e médicos vinculados às pesquisas com células-tronco embrionárias e adultas.

No que pertine à condução da audiência pública pelo Ministro relator, observamos a ênfase no seu caráter jurisdicional, o que o fez impedir a manifestação da plateia após as exposições. O relator esclareceu, ainda, que o objetivo da audiência seria colher dados, elementos, e não estabelecer um debate, um contraditório. Em duas oportunidades, interrompeu a apresentação do *expert* Antônio José Eça. A primeira, afirmando que ele não poderia analisar os aspectos jurídicos do problema, que seriam versados nas sustentações orais; a segunda, sob o argumento de que o expositor estaria incidindo em confronto, no campo pessoal e não no campo das ideias, com relação aos defensores do ponto de vista contrário. Também por ocasião da apresentação do especialista Herbert Praxedes, houve interrupção por parte do Ministro relator, sob o argumento de que o expositor estaria a desqualificar o opositor.

Além do Ministro Relator, que presidiu a audiência pública, estiveram presentes, no desenrolar dos trabalhos, mas não durante todo o tempo, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Durante o evento, o Ministro Carlos Ayres Britto informou que o Ministro Ricardo Lewandowski estava acompanhando a audiência em São Paulo, o que seria viável por conta da transmissão ao vivo do evento pela TV Justiça.

Contatamos, após a leitura e análise do acórdão[31], que, no referido julgamento, a comunidade científica foi ouvida pelo Tribunal e contribuiu para a decisão ao final proferida. Subsídios importantes quanto aos aspectos técnico-científicos da questão atinente à utilização, para pesquisa e terapia, de células-tronco extraídas de embriões humanos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro* foram aportados pelos pesquisadores do tema. Estabeleceu-se, assim, uma interlocução entre o STF e a ciência, representada pelos participantes da audiência pública, que se colocaram em dois blocos distintos de pensamento, como alhures destacado, refletindo o dissenso ideológico existente entre os membros da sociedade. O voto do Ministro relator, que foi acompanhado por 5

(cinco) ministros, prevalecendo como a decisão final do Tribunal, está entremeado de citações extraídas da audiência pública.

Considerando que "quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la" (Häberle, 1997, p. 13), e versando a ADI 3510 sobre o conteúdo normativo de direitos fundamentais, dentre os quais o que consagra a livre expressão da atividade científica (CF, art. 5º, IX), nada mais consentâneo com a proposta da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição que procurar o auxílio da concepção da ciência na interpretação do referido direito fundamental. Anota Häberle (1997, p. 15) que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha define o âmbito de proteção do art. 4º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental[32], com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião, para a seguir destacar:

> Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito "aberto" de ciência, deve ser cointerpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. (HÄBERLE, 1997, p. 16).

Examinando o acórdão proferido na ADI 3510, verificamos que a concepção dos diversos setores da ciência acerca da definição do início da vida, bem como da viabilidade, necessidade e utilidade das pesquisas com células-tronco embrionárias foram abordadas.

Outro aspecto que merece destaque, já anunciado neste tópico, é o fato de ter sido conferida aos *amici curiae* a possibilidade de indicarem pessoas para serem ouvidas na audiência pública. Assim, organizações não governamentais que defendem a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, considerando-as uma esperança para os pacientes, bem como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, que representa a religião católica e se manifesta publicamente em sentido contrário à utilização de células-tronco embrionárias, foram admitidas a indicar cientistas e pesquisadores para participarem da audiência pública.

Destarte, além das suas atuações como especialistas, fornecendo subsídios técnicos para a decisão do Supremo Tribunal Federal, os

participantes da audiência pública representaram "um 'pedaço' de representação da sociedade pluralista no processo constitucional" (Häberle, 2002, p. 47), porquanto foram indicados pelos mais diversos grupos da sociedade civil organizada que foram admitidos a participar, na condição de *amici curiae*, do processo constitucional. Houve, portanto, a democratização da interpretação constitucional.

Como destacamos, duas alternativas foram propostas pela comunidade científica, ouvida no Supremo Tribunal Federal. Comprovando, mais uma vez, a aplicação do pensamento do possível em matéria constitucional, que contempla a existência de múltiplas possibilidades de interpretação da Constituição (Häberle, 2002, p. 63), o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que também se reportou às contribuições dos especialistas ouvidos na audiência pública, apresentou proposta nova, não abordada na audiência pública ou destacada pelas partes do processo constitucional, consistente na possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias desde que por método que não cause a destruição do embrião, além de outros parâmetros estabelecidos em seu voto.

4.2.3 ADPF 101: A DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS NO BRASIL

A ADPF 101, proposta pelo Presidente da República, teve por objetivo evitar lesão aos preceitos fundamentais estampados no artigo 196 (direito à saúde) e no artigo 225 (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), ambos da Constituição Federal, resultante de atos do poder público consistentes em decisões judiciais que, em desacordo com Portarias do Departamento de Operações do Comércio Exterior – DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e a Convenção da Basileia, à qual o Brasil aderiu, aprovando-a pelo Decreto nº 875/93, autorizaram a importação de pneus usados.

Tais decisões judiciais, segundo o arguente, utilizaram os seguintes argumentos: a) ofensa ao regime constitucional da livre iniciativa e da liberdade de comércio (CF, art. 170, IV, parágrafo único); b) ofensa ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), uma vez que o poder público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de

países integrantes do Mercosul; c) os atos normativos compreenderiam apenas os pneus usados, não abrangendo os recauchutados e os remoldados; d) tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal; e) a Resolução CONAMA nº 258/99, com a redação determinada pela Resolução CONAMA nº 301/2002, ao prever a destinação de pneus importados reformados, teria revogado a proibição de importação de pneus usados.

A audiência pública foi realizada em 27 de junho de 2008. Ao observarmos as qualificações dos expositores que se manifestaram de forma favorável à vedação da importação de pneus usados, constatamos que todos eles, sem exceção, possuem vínculo com o Poder Executivo Federal, diretamente interessado na manutenção da vedação, por ter sido o produtor dos preceitos normativos impugnados. Sem desprezar a importância das apresentações de tais expositores, entendemos que a audiência teria despertado um maior interesse, caso ambientalistas, representantes de organizações não-governamentais e do meio acadêmico tivessem acorrido ao convite do Supremo Tribunal Federal. Pelo grupo dos que apresentaram posicionamento contrário à vedação da importação de pneus usados, manifestaram-se expositores ligados às empresas de pneus remoldados, um professor universitário e um presidente de instituto ambiental, revelando este, em sua exposição, íntima ligação com a indústria de remoldagem de pneus.

Da mesma forma que se observou quanto à condução da audiência pública realizada na ADI 3510, a Ministra Cármen Lúcia não permitiu a manifestação da plateia, solicitando ainda que as apresentações se cingissem a discutir os aspectos extrajurídicos do tema submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Ressaltou que os aspectos jurídicos seriam debatidos nas sustentações orais. Contudo, nas manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, bem como de um advogado, verificamos que os citados expositores também esboçaram argumentos jurídicos. Notamos, ainda, uma importante diferença quanto à primeira audiência pública, consistente na ausência de perguntas aos seus participantes ao final das exposições.

No que tange à participação dos demais ministros, houve a presença do Ministro Gilmar Mendes, apenas para promover a abertura da sessão, e durante parte da realização dos trabalhos, dos Ministros Carlos Ayres

Britto e Ricardo Lewandowski. Houve a transmissão ao vivo das sessões pela TV Justiça e a transcrição dos debates, que foram disponibilizados aos demais ministros. Assim, foi viabilizado o conhecimento do conteúdo da audiência pública a todos os julgadores do Tribunal.

O exame dos votos proferidos conduz à assertiva de que houve um menor aproveitamento, na decisão, do conteúdo da audiência pública, em relação ao julgamento da ADI 3510. Embora algumas informações técnicas, extraídas das apresentações realizadas no referido evento processual, tenham sido incorporadas ao voto da relatora, observamos que a maior parte delas foram hauridas de outras fontes.

A questão atinente aos participantes da audiência pública, já apresentada, pode servir como uma explicação para a menor relevância, no processo decisório, de que se revestiu esta audiência.

As entidades que funcionaram como *amici curiae* preferiram apresentar sustentações orais, através dos seus advogados, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a participarem da audiência pública[33]. Consta na certidão de julgamento, lavrada em 11 de março de 2009[34]:

> **CERTIFICO** que o **PLENÁRIO,** ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
> **Decisão:** Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, julgando parcialmente procedente a arguição, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram: pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Justiça Global e Associação de Proteção do Meio Ambiente de Cianorte – APROMA, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelos *amici curiae* ABIP – Asssociação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados; BS Colway Pneus Ltda., Tal Remoldagem de Pneus Ltda.; ABR – Associação Brasileira do Segmento de

> Reforma de Pneus; Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda.; Pneus Hauer do Brasil Ltda., RIBOR – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. e Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL, os Drs. Emmanuel de Nora Serra, Ítaro Sarabanda Walker, Carlos Agustinho Tagliari e Ricardo Alípio da Costa; e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Plenário, 11.03.2009. (...)

Mesmo com a limitada participação da sociedade civil organizada na audiência pública sob referência, não por ausência de abertura, mas por desinteresse, constatamos que houve o fornecimento de alternativas de interpretação constitucional por parte dos seus participantes. Não podemos afirmar, entretanto, que houve a ampliação da legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal, no caso em foco, diante da escassa referência, no julgamento, aos argumentos esgrimidos na audiência pública. Consoante já destacamos, a legitimação que decorre da ampliação da intervenção de terceiros no processo de controle de constitucionalidade, não pode ser entendida no sentido meramente formal, mas sim como influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Como bem destaca Häberle (1997, p. 31-32), em lição que merece ser enfatizada: "Não se trata de um 'aprendizado' dos participantes, mas de um 'aprendizado' por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes".

4.2.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE: O DEBATE SOBRE TEMAS RELACIONADOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em abril e maio de 2009, ocorreu, por convocação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública da saúde[35], sendo esta a primeira convocada com fundamento na Emenda Regimental nº 29/2009. Os temas que foram indicados para a discussão, listados no despacho convocatório, de 5 de março de 2009, foram os seguintes:

> 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;

2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

A justificativa para a realização da audiência, também contida no despacho convocatório, foi a existência de diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite na Presidência do STF, objetivando tais requerimentos a suspensão de medidas cautelares que determinaram o fornecimento de prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, nas quais são suscitadas inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas. Fundamentou-se, ainda, na repercussão geral e no interesse público relevante das questões suscitadas.

No despacho de convocação da audiência pública, consta a abertura para a participação dos interessados, o que deveria ser feito através de endereço eletrônico, oportunidade em que a entidade ou órgão interessado deveria consignar os pontos que pretendiam defender e indicar o nome de seu representante. De logo, foram expedidos convites aos representantes de alguns órgãos e entidades, para que manifestassem interesse em participar da audiência pública, bem como para que consignassem os pontos que pretendiam defender e indicassem o nome de seu representante.

Em 13 de abril de 2009, foi exarado despacho de habilitação de especialistas, constando 33 (trinta e três) pessoas (despacho do dia posterior incluiu uma outra pessoa nesta lista) habilitadas a exporem os seus pontos de vista na audiência pública, restando designados os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, das 09h às 12h, para a realização da audiência[36].

Quanto à condução da audiência pública, observamos que o Ministro Gilmar Mendes concedeu plena liberdade de manifestação para os expositores, não interferindo em suas apresentações, mesmo quando se constatava claramente o desvio de foco quanto ao tema que deveria ser debatido. Ressaltou, apenas, a impossibilidade de manifestação da plateia. No início das exposições, em cada uma das sessões, o Ministro fazia uma breve exposição acerca do tema que deveria ser enfrentado. Ao final da sessão, elaborava uma breve síntese ou apanhado geral das exposições, sempre reafirmando a importância da abertura procedimental promovida pela audiência pública. Não houve perguntas aos expositores.

Como aconteceu com as outras audiências públicas analisadas, apenas o Ministro que a convocou participou de todas as sessões. Houve a participação do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no primeiro dia da audiência pública, bem como no último dia, quando presidiu a primeira parte da sessão. A audiência pública foi transmitida ao vivo pela TV Justiça, estando o seu conteúdo à disposição no site do Supremo Tribunal Federal. Destarte, viabilizou-se o acesso ao seu conteúdo de forma ampla.

É importante asseverar que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, proferiu decisões nas STAs 175, 178 e 244 utilizando expressamente subsídios colhidos da audiência pública da saúde[37].

Em 17 de março de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou 9 (nove) agravos regimentais interpostos contra decisões do seu Presidente, que mantiveram decisões judiciais determinando ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. O Ministro Gilmar Mendes, na condição de Presidente do Tribunal, foi o relator dos recursos interpostos contra as decisões proferidas nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 211 e 278, nas Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e na Suspensão de Liminar (SL) 47[38].

O exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal comprova que foram utilizados subsídios extraídos da audiência pública, cumprindo esta a sua função informativa, e também foram analisadas as alternativas de interpretação constitucional formuladas pelos seus participantes, que representaram as diversas forças da esfera pública pluralista envolvidas na temática da judicialização do direito à saúde.

Com efeito, os gestores públicos, profissionais da área da saúde, usuários do Sistema Único de Saúde, juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, acadêmicos, dentre outros, tiveram voz e atuação efetiva na construção da decisão ao final proferida.

Vale destacar que os reflexos da audiência pública da saúde no exercício da jurisdição do Supremo Tribunal Federal não se esgotaram com o julgamento dos referidos recursos. Ainda estão pendentes de julgamento: a Proposta de Súmula Vinculante nº 4, o Recurso Extraordinário nº 566.471 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.931 e 4.234. Todos esses processos tratam de temas amplamente debatidos na audiência pública.

É interessante destacar, ainda, como reflexo da audiência pública, a instituição de Grupo de Trabalho[39] no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de "elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde" (art. 1º). Consta dentre os fundamentos do ato de constituição do referido Grupo de Trabalho:

> CONSIDERANDO os resultados da Audiência Pública nº 4 pelo Supremo Tribunal Federal, em abril e maio de 2009, na qual foram discutidas questões relativas às demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde, quando foram ouvidos 50 (cinquenta) especialistas na matéria;

A partir de indicação do Grupo de Trabalho, foi editada a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010[40], do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que em seus "considerandos" faz menção expressa à Audiência Pública da Saúde[41]. Transcrevo-os:

> CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

> (...)
> CONSIDERANDO a menção, realizada na Audiência Pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, "p", da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;
> CONSIDERANDO que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

O referido ato do CNJ, conforme consta em sua ementa, teve por escopo recomendar aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Para atender a estes propósitos, houve indicações de medidas a serem adotadas pelos magistrados[42], muitas delas incorporando sugestões lançadas na audiência pública, a exemplo da criação de convênios para instituição de serviços de apoio técnico que possam auxiliar os magistrados na instrução de processos relacionados às prestações de saúde; da instrução das ações com relatórios médicos contendo, dentre outros elementos, a denominação genérica ou princípio ativo, evitando, assim, a prescrição por marca de medicamento; a necessidade de o medicamento estar registrado na ANVISA; a oitiva prévia dos gestores, para a concessão de tutelas de urgência.

Como podemos constatar, a audiência pública da saúde produziu um intenso debate, que se refletiu até mesmo no Conselho Nacional de Justiça e, por extensão, nos Tribunais do país, acerca da judicialização da saúde, iniciando uma era de busca de soluções compartilhadas e de enfrentamento mais coerente das questões relacionadas ao tema.

5. CONCLUSÃO

A análise da obra doutrinária de Peter Häberle apresentou-se, neste

trabalho, como pressuposto fundamental para o estudo das audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Destacamos a contribuição de Peter Häberle (1997), que reconhece a impossibilidade de se propor um roteiro definido para que a jurisdição constitucional profira a decisão correta e o fato de que a Constituição não é um conjunto de normas prontas e acabadas mas, ao contrário, um "processo político" ou "projeto" (Häberle, 2002, p. 66), com múltiplas possibilidades de interpretação. Postas estas premissas, Häberle enfatiza a questão dos participantes da interpretação constitucional, bem como da instituição de mecanismos de intervenção de terceiros no processo de controle de constitucionalidade, de forma a propiciar a democratização da interpretação constitucional e viabilizar a instituição de instrumentos de informação destinados aos juízes constitucionais.

Constatamos, ainda, a influência das ideias de Peter Häberle no Brasil, no campo legislativo, o que se observa através da abertura do processo de controle de constitucionalidade promovida pelos mecanismos do *amicus curiae* e das audiências públicas, bem como no campo doutrinário e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Após a análise das audiências públicas, podemos concluir que elas funcionam como instrumentos informativos, prestando aos juízes subsídios de caráter técnico, necessários ao julgamento da controvérsia constitucional, e como mecanismo apto a conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal, na medida em que os diversos membros da esfera pública pluralista e os agentes institucionais fornecem alternativas de interpretação constitucional, e estas são consideradas no processo decisório.

Passamos a justificar a nossa conclusão.

A primeira finalidade é claramente definida pelos dispositivos normativos que permitem a utilização deste instrumento processual. Com efeito, o fundamento jurídico para a convocação de audiências públicas é a necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de suprir a ausência de informações existentes nos autos.

Tal intuito envolve a possibilidade de o Tribunal verificar fatos e prognoses legislativos no processo de controle de constitucionalidade (Mendes; Martins, 2009, p. 306). Como a norma jurídica não corresponde apenas ao texto normativo, mas envolve também a realidade a ela subjacente, não é possível ao aplicador do direito, em especial em matéria

constitucional, definir o conteúdo de uma norma jurídica mediante uma mera operação de subsunção. Faz-se necessário o exame do dispositivo em conexão com a realidade, o que, no mais das vezes, envolve a apreciação de aspectos extrajurídicos, sendo imprescindível o recurso a outras disciplinas.

Entendemos, contudo, que a segunda função que ora destacamos, qual seja, a ampliação da legitimidade democrática do Tribunal, ao incorporar ao processo decisório as distintas alternativas de interpretação constitucional fornecidas pelos membros da sociedade civil organizada, é a mais relevante. Isto porque a atuação das pessoas com "experiência e autoridade na matéria", que se manifestaram nas audiências públicas, não foi convergente.

Usando o exemplo da audiência pública realizada na ADI 3510, observamos que entre os próprios cientistas e pesquisadores não houve consenso em torno de questões fundamentais, como a definição do início da vida, a viabilidade e necessidade da pesquisa e terapia com as células-tronco embrionárias, a possibilidade de implantação de embriões congelados há muito tempo no útero materno, dentre outras. Podemos afirmar, portanto, que os *experts* ouvidos na audiência apresentaram possibilidades de interpretação constitucional, a partir da realidade e necessidades por eles desvendadas, conforme os seus próprios conhecimentos e experiências.

Caso o julgador resolvesse se filiar a qualquer uma das correntes em disputa na ADI 3510, teria o amparo da ciência para subsidiar o seu julgamento, como se constata através do exame dos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Carlos Alberto Menezes Direito, os quais, embora apresentando posicionamentos francamente divergentes, são plenos de subsídios informativos extraídos do conhecimento científico acerca dos temas versados na ação.

O mesmo se constata quanto à audiência pública da saúde, em que ampla parcela da sociedade civil organizada e integrantes do poder público manifestaram as suas opiniões acerca dos diversos temas que envolvem o direito à saúde e a sua judicialização. Alguns foram amplamente favoráveis à atuação do Poder Judiciário na implementação do direito à saúde, outros aceitavam tal intervenção com ressalvas, havendo ainda quem manifestasse oposição a esta atitude. Uma parcela dos participantes defendeu a delimitação da responsabilidade de cada um

dos entes da Federação quanto às prestações da saúde; outros defenderam a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios. Mais divergências pontuaram o debate acerca dos outros temas. Era nítido que cada participante da audiência interpretava o direito à saúde de acordo com as suas perspectivas e, mais do que isso, de acordo com a função ou cargo por ele ocupado. Esta constatação, contudo, não desmerece a importância das suas participações. Ao contrário. Na medida em que o julgador passa a estar em contato com as diferentes perspectivas apresentadas pelos agentes conformadores da realidade constitucional, poderá melhor interpretar o texto normativo, construindo, em conjunto com a sociedade civil organizada ouvida no processo constitucional, a decisão mais adequada ao seu tempo histórico.

A jurisdição constitucional, antes exercida de forma fechada e concentrada apenas no exame dos dispositivos constitucionais, feito a partir dos métodos hermenêuticos tradicionais, passa a considerar, na linha defendida por Peter Häberle, a tríade realidade-necessidades-possibilidades. Com efeito, ao admitir a participação na discussão travada no âmbito de processos em trâmite no Tribunal de membros da sociedade civil organizada, o Tribunal permite que estes personagens influenciem no processo decisório, possibilitando aos seus membros a apreensão da realidade, das necessidades e das possibilidades decorrentes da Constituição. Não há preocupação com a busca da única decisão correta, mas sim com a disponibilização ao Tribunal dos instrumentos normativos para que ele tenha condições de alcançar a solução mais adequada ao tempo histórico, sendo esta a que melhor resista às críticas, na linha do racionalismo crítico popperiano.

Podemos salientar algumas imperfeições ou limitações no instituto da audiência pública, ou no uso que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo do mesmo, a saber: a) a diminuta presença dos outros ministros, além do presidente da sessão, à audiência pública; b) a ausência de interação entre os seus participantes e os ministros, o que poderia propiciar um debate amplo e aberto sobre as questões constitucionais.

Tais dificuldades podem ser superadas nas experiências vindouras. O que, por ora, é válido ressaltar, é que o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar as suas funções jurisdicionais com visibilidade e transparência, o que é facilitado através das transmissões ao vivo das suas sessões plenárias, feitas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça. Além disso,

constatamos uma maior aproximação entre a sociedade civil organizada e o Tribunal, proporcionada pelo mecanismo das audiências públicas.

Concluímos, portanto, que a audiência pública pode servir para conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal, desde que dela possam participar todos os membros da esfera pública pluralista e agentes institucionais interessados na discussão dos temas envolvidos e que os seus argumentos sejam efetivamente considerados no processo decisório.

PUBLIC HEARINGS ON THE SUPREME COURT AS A SUITABLE INSTRUMENT TO PROMOTE THE DEMOCRATIZATION OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND INTEGRATION OF THE CONSTITUTION WITH CONSTITUTIONAL REALITY

ABSTRACT: The procedural institution of public hearing was introduced in Brazilian law by Laws No. 9.868/99 and 9.882/99, which govern the processes of judicial review. In this article, the experience of the Supreme Court in using this instrument will be analysed. Since we intend to grasp the arguments developed by participants of the hearing were incorporated into the votes of Judges, we analyze only the hearings on the case of Direct Unconstitutionality 3510 and the Allegation of Breach of Fundamental Precept 101, and the health hearing, because these decisions were handed down by the Court. The theory of the open society of interpreters of the Constitution, together with the constitutional possibilism, by Peter Häberle, constitute the theoretical framework of our work, cause of the expansion of information tools provided to the constitutional judges by the mechanism of public hearings. The use of public hearings by the Supreme Court coincides with the movement of judicial activism and leadership of that court, which in recent years has tried cases involving discussions about the content of fundamental rights and the definition of public policies, which were previously assigned by political powers. In the specific cases discussed in public hearings, we emphasize that discussions on the legal protection of rights to human dignity, life and health are always present. We emphasize, finally, the role of public hearings, consistent support judges of information needed to prosecute and to foster the construction of alternative to constitutional interpretation, as well as giving democratic legitimacy to the Supreme Court.

KEYWORDS: Judicial review. Public hearing. Democratic legitimacy.

Notas

[1]O monopólio da "última palavra" em matéria de interpretação constitucional é por diversas vezes destacado em pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, constando expressamente na ementa do acórdão lavrado nos autos do MS 26603/DF, publicado no DJe-241, de 18/12/2008, julgado pelo Plenário, de que foi relator o Ministro Celso de Mello. Em sentido contrário, em referência à experiência norte-americana, Guy Scoffoni (1999) afirma que a Suprema Corte não detém o monopólio da última palavra, diante da possibilidade, sempre existente, de revisão constitucional deflagrada pelo Parlamento, modificando aquela cláusula constitucional aplicada pelo Tribunal.

[2]Para Popper, com a sua filosofia do racionalismo crítico, a ciência não pode ter a pretensão de fornecer verdades absolutas, orientando-se pela ideia de falseabilidade, e pelos métodos do *trial and error* e das conjecturas e refutações. A crítica se apresenta, na epistemologia de Popper, como a única possibilidade real de aquisição do conhecimento. Em suas palavras: "(...) o racionalismo é uma atitude de disposição a ouvir argumentos críticos e a aprender da experiência. É fundamentalmente uma atitude de admitir que eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade" (Popper, 1987, p. 232).

[3]A lei da colisão, destinada a resolver conflitos entre princípios, é assim apresentada por Alexy (2008, p. 99): "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência".

[4]Para Häberle (2010, p. 131), o direito processual constitucional é fundamental para qualquer sociedade aberta, constatando o autor que a ciência do direito processual constitucional está passando, no momento, por um grande desenvolvimento, especialmente no Brasil, Peru e México.

[5]Gilmar Ferreira Mendes apresenta Peter Häberle como o "mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos modernos, entendendo ser o 'pensamento jurídico do possível' expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta" (Valadés, 2009, p. XII).

[6]Na tradução espanhola: "Dichas Constituciones no se le presentan al ciudadano como una oferta lisa y llana, sino conjuntamente como oferta e invitación a la reflexión (como pensamiento ontológico), de lo que no son sino resultados parciales configurados a su vez como tales".

[7]Na tradução espanhola: "(...) ante todo, mediante un análise previo del realista; luego, mediante una investigación lo más exhaustiva posible de todas sus posibles alternativas; alternativas que, por otra parte, deberán ser ponderadas y evaluadas correctamente para poder detectar em ellas el grado de necesidades inherentes que posean".

[8]Na tradução espanhola: "(...) el llamado 'voto reservado' de los magistrados del Tribunal Constitucional Alemán no es otra cosa que la expresión procesal institucionalizada el conocimiento de que las normas jurídicas se hallan de por sí abiertas a toda una gama de múltiples y variadas posibilidades exegéticas y de alternativas diferentes, sabiendo que la adopción de una de ellas no significa, hoy por hoy, en modo alguno la exclusión de otras de sus posibles alternativas en el futuro."

[9]No original: "(...)la suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que a nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución, entendida ésta como proceso público".

[10]Nesse sentido, valendo-nos mais uma vez dos ensinamentos de Peter Häberle (2000, p. 24), a cultura é entendida como "un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de uma sociedad

determinada".

[11]Na precisa lição de Peter Häberle (2000, p. 34): "La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas e deseos".

[12]Em sentido contrário, Rafael Caiado Amaral (2004) assevera que, ao contrário do que ocorreu na Alemanha com a "Lei Fundamental" de Bonn, no Brasil não existe uma "cultura constitucional", não fazendo a Constituição parte do universo cultural dos brasileiros, o que impediria a aplicação da teoria de Peter Häberle.

[13]Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 4), "sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração". Identifica o autor o surgimento de um sentimento no Brasil, ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Constituição, o que significa um grande progresso e deve ser celebrado.

[14]Trata-se de uma lei de iniciativa popular que contou com um milhão e trezentas mil assinaturas e que, em apertada síntese, institui novas causas de inelegibilidade, como por exemplo a existência de condenações judiciais por órgãos colegiados, mesmo que por sentença ainda não transitada em julgado. Consideramos que, nesse caso, houve uma autêntica interpretação constitucional de diversos membros da esfera pública pluralista acerca do conteúdo normativo de direitos fundamentais que, se não vincula, condiciona ou limita a interpretação que, ao final, será adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

[15]Häberle (2000, p. 37) destaca que é necessário muito tempo até ver surgir do seio de qualquer Constituição positiva toda uma cultura constitucional. Tal desenvolvimento depende da atuação dos membros da esfera pública pluralista e dos intérpretes oficiais do Direito Constitucional.

[16]O § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, que continha a disposição a que faz referência o autor, foi objeto de veto pelo Presidente da República, que o justificou no sentido da necessidade de promoção da celeridade processual, acrescentando que tais autoridades ou órgãos poderiam ingressar no feito como *amicus curiae*, nos termos do § 2º do citado artigo, a critério do relator.

[17]Art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

[18]Art. 9º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

[19]Art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

[20]Destacamos o livro de Rafael Caiado Amaral (2004), bem como os artigos de Inocêncio Mártires Coelho (1998a, 1998b) e de Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (2008/2009).

[21]A citada teoria tem por objetivo declarado o fornecimento de um instrumental teórico adequado às possibilidades de compreensão e diálogo entre as diversas culturas constitucionais nacionais, sistêmicas e ideológicas, a partir da ideia da intrínseca incompletude destas e, portanto, que as relações dialógicas entre elas são fundamentais para o seu aprimoramento (Galindo, 2006, p. 134).

[22]Citamos, exemplificativamente, as obras de Paulo Bonavides (2001), Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2009) e Luís Roberto Barroso (2009).

[23]É interessante anotar que os processos de controle concentrado de constitucionalidade, antes entendidos como processos objetivos, sem partes e sem contraditório, vêm assumindo uma perspectiva dialógica, em que peritos, *amici curiae* e pessoas com experiência e autoridade na matéria participam do feito, o que enseja uma subjetivação de tais processos (Araújo, 2009, p. 46).

[24]Art. 20. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[25]Nesse mesmo sentido, quanto aos poderes conferidos ao relator: "É dele que partirão as

definições fundamentais sobre a audiência, como os temas que nela serão debatidos, o(s) processo(s) relacionado(s) aos problemas em debate, os expositores que terão a palavra, a forma de organização dos depoimentos, o controle da sessão da audiência, entre outros aspectos" (Pinto; Rosilho, 2009).

[26]Ivo Dantas (2008, p. 614) afirma que a lei que autoriza a realização das audiências públicas passa a admitir a "dilação probatória" nos processos de controle de constitucionalidade.

[27]Trata-se da ADI 3510, que examinou a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, autorizando a realização de pesquisas com células-tronco obtidas de embriões humanos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro.*

[28]A referência se faz à ADPF 101, que discutiu a constitucionalidade de decisões judiciais que, em descompasso com determinações do Poder Executivo, autorizaram a importação de pneus usados.

[29]Cuida-se da audiência pública da saúde, destinada à discussão de aspectos relevantes acerca deste direito social.

[30]Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

[31]Acórdão publicado no DJe nº 96, em 28 de maio de 2010.

[32]Os referidos dispositivos consagram, no capítulo dos direitos fundamentais, a liberdade de crença e de consciência, a liberdade de confissão religiosa e ideológica, bem como a liberdade de exercício de culto.

[33]Podemos apresentar, como hipótese plausível para justificar essa preferência das entidades que funcionaram como *amici curiae*, o fato de, na sessão de julgamento, estarem presentes todos os Ministros, o que não se verifica na audiência pública.

[34]Cuida-se da primeira sessão do julgamento, que foi concluído em 24 de junho de 2009.

[35]Todos os documentos referentes à audiência pública da saúde estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>.

[36]Vale ressaltar que, dado o "grande número de requerimentos recebidos, e objetivando garantir a participação dos diversos segmentos da sociedade" (despacho de habilitação de especialistas, de 13 de abril de 2009), o período de realização da audiência pública, no despacho convocatório previsto para apenas 2 (dois) dias, foi ampliado para 6 (seis) dias. Além disso, mesmo pessoas não habilitadas foram admitidas a enviar documentos com as teses por elas defendidas para o endereço eletrônico audienciapublicasaude@stf.jus.br, para que o material fosse disponibilizado no portal do STF na internet.

[37]Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Acesso em 7 fev. 2010.

[38]Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>. Acesso em 21 set.2010.

[39]Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, da lavra do então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Gilmar mendes.
[40]Publicada no DJe nº 61/2010, de 07 de abril de 2010.
[41]No documento, faz-se referência à "Audiência Pública nº 4", por ter sido esta a quarta audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal.
[42]Frise-se que tais medidas constam no texto como sugestões, não podendo ser diferente, diante da independência que caracteriza a função jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional:* alcance doutrinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação:* o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE),* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 07 nov. 2010.
_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. In: *Isonomía*: revista de filosofia y teoria del derecho*,* Alicante, n. 16, abr. 2002.
COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998a.
_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. In: *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 35, n. 138, p. 185-191, abr./jun. de 1998b.
DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GALINDO, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição:* a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura.* Trad. de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2000.
_____. *Pluralismo y Constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.
_____. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. Trad. de Italo Roberto Fuhrmann e Souza. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Info Wolfgang. (Org.) *Estado constitucional e organização do poder.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123-141.
KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado:* Contribuição à Semântica dos tempos históricos. Trad. de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional.* Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.
_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito.* Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica? In: *Sociedade Brasileira de Direito Público*, 13 de abril de 2009. Disponível em:<http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16>. Acesso em 16 ago.2010.
POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos.* Tomo II. Trad. de

Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1987.
SCOFFONI, Guy. La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 51. n. 2. Abril-Junho 1999. p. 243-280.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
_____. *Audiência pública: saúde.* Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.
VALADÉS, Diego (org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Trad. de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, A SÚMULA 610 DO SUPREMO TRIBUNAL E O SEPULTAMENTO JURISPRUDENCIAL DA TENTATIVA

Paulo Roberto Fonseca Barbosa*

RESUMO: Após um intenso período de obscuridade e injustiças, a humanidade passou a ter um caminho de segurança e proteção jurídica por meio do princípio da legalidade. O referenciado princípio terminou evoluindo ao longo do tempo. Hoje em dia ostenta quatro características essenciais para sua efetiva concretização. A lei então deve ser prévia, escrita, estrita e certa. Por sua vez, a lei penal brasileira estabelece de forma clara como será efetivada a punibilidade da tentativa, diferenciando o crime consumado do crime tentado. Entretanto, o Verbete 610 do Supremo Tribunal Federal dispõe de maneira diversa, expandindo a tutela penal, causando prejuízo aos jurisdicionados. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo principal demonstrar a violação do princípio da legalidade pela Súmula 610 da nossa Corte Constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Direito penal. Princípio da legalidade. Súmula 610 do STF.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é a maior das garantias oriundo das Revoluções Burguesas do século XVII. Figura como pedra angular nos modernos Estados de Direito, os quais se fundamentam justamente no primado da lei. Desse modo, a lítera da lei deve sempre receber interpretação elástica, se o objetivo é resguardar a liberdade do cidadão, sendo perfeitamente aceita a analogia benéfica no direito penal. O contrário jamais poderá ser aceitável num típico Estado de Direito. Com efeito, a lei não pode receber uma interpretação maléfica à liberdade do homem, sob pena de violação de sua própria finalidade originária, qual seja, a proteção.

* Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe, Mestrando em Direito Penal pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia (FSBA) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA).

Via de consequência, a interpretação jurisprudencial materializada na Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal não se coaduna com a dicção do art. 14, inciso I, do CP, o qual preconiza a consumação do crime tão-somente *quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.* Nesse passo, sem subtração do bem visado, embora ocorra o homicídio, não há consumação do latrocínio e sim latrocínio tentado. Portanto, a aplicação do verbete em voga enseja limitação ilegítima e odiosa da liberdade humana, em gritante ofensa aos preceitos constitucionais, mormente ao princípio da legalidade. Desse modo, o presente estudo tem por escopo traçar argumentos em prol do cancelamento do enunciado em testilha.

2. DO MODERNO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O direito penal é a forma mais drástica de intervenção estatal, eis que agride os bens mais relevantes do homem, privando-o de sua liberdade e, em alguns casos, retirando-lhe sua própria vida[1]. É o mecanismo mais odioso de coerção social, motivo por que merece ser limitado e disciplinado pela lei, sempre no intuito de evitar atuações despóticas e arbitrárias. Razão disso, face ao marcante poder de lesão de tal modalidade de intervenção, o princípio da legalidade ou da reserva legal, assume importância fundamental na concretização das garantias do indivíduo, erigindo-se na pedra de toque do direito penal moderno.

O surgimento do princípio da legalidade é algo bastante controvertido na doutrina nativa e também alienígena. Luiz Luisi explicita de um lado o pensamento de Vincenzo Manzini, o qual afirmava ter o princípio em tela origem no direito romano, haja vista sua citação no pequeno excerto de um digesto (*poena no irrogatur, nis i quae quaquelege vel que alio jure specialiter hic delicto imposita est*) e, por outro lado, sinalizada para o pensamento de ninguém menos que Nelson Hungria, para quem a legalidade finca suas raízes na Magna Carta Inglesa de 1215. Entretanto, conclui Luisi que "é a partir da pregação dos teóricos do chamado Iluminismo que realmente surge como real apotegma político o princípio da Reserva Legal. Ele tem seu fundamento histórico como lucidamente ensina H. H. Jescheck, na teoria do contrato social do Iluminismo"[2].

A bem da verdade, a *Magna Charta Libertarum*, outorgada pelo Rei João sem Terra, assinada em 15 de junho de 1215 e consolidada em 1225,

cuidava-se de uma carta feudal, por meio da qual "foram reconhecidas e garantidas a liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês", deixando "implícito pela primeira vez na histórica política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita"[3]. Para a maioria da doutrina, referenciado documento não albergou em si o princípio da legalidade tal como reconhecida hodiernamente, eis que teria veiculado em seu art. 39 apenas garantias processuais (*judicialidade* e *devido processo legal*), alcançado somente os homens livres.

Vale transcrever o citado artigo, *verberattim*:

> Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e, não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Aos nossos olhos e dissentindo de parcela respeitável de doutrinadores, o princípio da legalidade tão-somente alcançou a sua importância e dimensão atual com o advento das revoluções burguesas, via movimento ilustrado, uma vez que a lei era o principal instrumento de mitigação do regime absolutista então vigente. Tal assertiva encontra eco nos textos produzidos naquele referenciado período revolucionário, colhidos junto às principais obras dos denominados *contratualistas*[4], donde permitimo-nos citar, por todos, as ideias de Jean-Jaques Rousseau, *ad litteram*: "São necessárias, pois, convenções e leis para unir os direitos aos deveres e reconduzir a justiça ao seu objeto. No estado da natureza, onde tudo é comum, nada devo a quem nada prometi e não reconheço a outrem o que me é inútil. Não é assim no estado civil, em que todos os direitos são fixados pela lei."[5]

Interessante perceber, ainda, agora no campo do direito penal, que os ideais deflagrados pelos contratualistas terminaram por influenciar o *pequeno grande livro* de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria[6], *Dos delitos e das penas*, quando sinaliza para a necessidade de leis para descrição dos crimes e cominação de suas penas correlatas. Via de efeito, denota-se que o princípio da legalidade penal crava suas bases no

contrato social iluminista, iniciando ali sua atual e moderna roupagem. Tal afirmativa pode ser comprovada no referenciado livro, através dos seguintes trechos, *in verbis*:

> Só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão[7] (Lei anterior e escrita)
>
> A autoridade de interpretar as leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores (Lei estrita)
>
> É também um mal, e este mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo (Lei certa)

Embora ainda persistam os embates sobre a origem do princípio da legalidade, a verdade é que no tocante à sua importância para o direito penal moderno não há discussões. Quando a legalidade norteou o surgimento e a formação dos Estados de Direito, inaugurando o primado e o império da lei, possibilitando a antevisão dos fatos proibidos e um mínimo de previsibilidade da atuação estatal, trouxe à reboque sua íntima ligação com o direito penal, dando início a um período de racionalidade, encampando uma espécie de política de intervenção mínima, consubstanciada no brocardo *nullum crimen sine lege*.

Outrossim, conquanto não haja um consenso, boa parte dos penalistas atribui a fórmula latina alhures mencionada ao alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach[8], a qual teria origem na sua *teoria da coação psicológica*, por meio da qual somente seria legítimo infligir uma pena através de uma lei anterior que explicitasse a conduta proscrita, veiculando a ameaça punitiva.

Nesse prisma, "pode-se dizer que o princípio da legalidade é essencial a estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto"[9]. Todavia, Nilo Batista[10] adverte, nesse enredo histórico, que o adágio *nullum crimen nulla poena sine lege* não se faz presente com essa amplitude nas obras de Feuerbach, mas pode ser notada via articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legali) sine crimine*.

Antes de sua difusão mundial, o princípio da legalidade foi cravado *ab inicio* no seio de diversos e importantes textos normativos, valendo mencionar o *Bill of Rights* positivado na Filadélfia (1774), bem como a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), a qual rezava no seu art. 8: *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée anterieurement au délit et légalement apliquée*.

Desde a Lei Fundamental de 1824, todas as demais positivaram dita garantia em nosso país. O atual Diploma Constitucional o alberga no seu rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5, inc. XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), alçando-o ao posto de cláusula pétrea. Por sua vez, nossos Estatutos Criminais também sempre veicularam a legalidade e o atual Código o explicita no seu dispositivo inaugural (art. 1 – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal).

Visto como garantia necessária e essencial, presente na quase totalidade dos Estados Democráticos de Direito[11], o princípio *sub ocullis*, ao longo de toda sua extensa evolução, atingiu um estágio de segurança decomposto em quatro partes para sua completude, *id est*, ausente uma das vertentes, a legalidade não se perfaz em sua inteireza, eis que cada componente exerce imprescindível papel político de relevo. Dessume-se, então, dos ensinamentos doutrinários e da atuação pretoriana aquilo que nominamos de *as quatro faces da legalidade*, a saber: lei prévia, lei escrita, lei estrita e lei certa.

O Ministro da Suprema Corte alemã e professor catedrático da Universidade de Frankfurt, Winfried Hassemer, leciona que do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* podem ser extraídas quatro instruções para o legislador e para os juízes criminais, nos seguintes termos, *verberattim*:

> *El legislador debe formular sus normas com tanta precisión como sea posible (mandato de certeza:*

> *lex certa); el legislador e el juez penales no pueden aplicar lãs leyes em forma retroactiva em perjuicio del afectado (prohibición de retroactividade: lex praevia); el juez penal debe contar com uma ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinário: lex scripta) y no puede aplicar el derecho penal em forma analógica em perjuicio del afectado (prohibición de analogía: lex stricta).*[12]

E conclui com pertinência e maestria, afirmando que:

> *El conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como 'principio de legalidad'. Del respecto de ello se espera uma estrecha sujeición de la jurisprudência a la ley, una mayor transparencia en la aplicación y en su justificación, y de este modo, uma mejor previsibilidad, y al miesmo tiempo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y en la jurisprudencia penales. La legalidade no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo.*[13]

Vejamos, por conseguinte, as quatro faces da legalidade.

2.1 DA LEI PRÉVIA

A lei penal não pode ser aplicada *ex post facto*. Tal afirmativa, por razões óbvias, tem o condão de evitar surpresas numa área tão delicada, na qual um mínimo de deslize ocasiona a restrição de direitos e garantias. A anterioridade da lei, portanto, é uma conquista irrenunciável do cidadão, em face do poder estatal, fornecendo um mínimo de previsibilidade para o desempenho da vida em sociedade, sob pena de instauração do terror. Com efeito, houvesse a possibilidade de o Estado editar leis retroativas incriminadoras, a paz social sucumbiria diante de um típico instrumento de arbitrariedade e perseguição, sem possibilidade de alguma de defesa.

Todavia, após o ocaso da 2ª Guerra Mundial, a história da humanidade foi palco de julgamentos avessos à irretroatividade da lei penal incriminadora. Indubitavelmente, os Tribunais de Nuremberg e de

Tóquio foram nítidos exemplos de cortes *ad hoc*, eis que instituídos com o propósito de julgar fatos anteriores à vigência da lei, terminando por condenar parte dos supostos infratores (alemães e japoneses) inclusive à pena de morte[14]. Sublinhamos aqui nossa visão técnica sobre os tais julgamentos, sem desejo algum de justificar os fatos cometidos no tal período beligerante.

Parte da doutrina, entretanto, no intuito demonstrar a inexistência de violação da irretroatividade naqueles julgamentos históricos, alega que os fatos cometidos iam de encontro aos mais comezinhos princípios da justiça e seriam, por isso, *substancialmente criminosos*, estando implicitamente antevistos como delito. Contudo, comungamos do escólio de Luisi, quando verbera ser a *legalidade substancial* patente erro, haja vista o perigo de se viabilizar a concretização de arbitrariedades[15].

Ademais disso, bem oportunas as palavras de Ferrajoli[16], lançando mão das ideias de Hobbes, no afã de justificar de maneira lógica a própria imposição da pena pela necessidade da anterioridade da lei. Em outras palavras: a reprimenda é justificada pela transgressão da norma, se a norma não existia ao tempo do fato, não houve transgressão e a penalidade não se justifica. Segue o raciocínio, *in verbis*:

> Se 'a pena', afirma Hobbes, 'supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão', 'o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei', por isso 'nenhuma lei elaborada depois de realizar-se uma ação pode fazer dela um delito'

Por oportuno, vale frisar que a lei penal retroagirá sempre em benefício do réu, mesmo diante da coisa julgada[17], consoante preconizado pelo legislador constituinte originário (art. 5, inciso XL, da CF) e pelo legislador ordinário (art. 2, do CP). Diante disso, e tendo em mente uma interpretação elástica das garantias constitucionais, pensamos ter força a retroatividade da lei mais benevolente nos casos das leis excepcionais e temporárias (art. 3, do CP) – porém, ressaltamos que tal pensamento é controvertido na doutrina.

2.2 DA LEI ESCRITA

A necessidade de lei escrita foi o mecanismo eficaz de afirmar a impossibilidade de criação de delitos e agravamento de penas por meio dos costumes. Deve prevalecer a lei como gênese imediata do direito penal, oriunda de um processo legislativo embutido no recinto constitucional, expressando a consciência da nação. Todavia, os costumes têm perfeita incidência na interpretação dos tipos penais, exercendo papel secundário. Bem por isso, Aníbal Bruno[18] aponta que, *verbo ad verbum*:

> O costume tem apenas função subsidiária e assessória. Na definição e agravamento de tipos penais e sanções, isto é, no domínio do Direito Penal sentido estrito, o costume é inadmissível. Nenhuma norma tipicamente penal pode resultar de um costume.

D'outra banda, não tem o costume a força para derrogar ou ab-rogar uma norma penal em vigor. Na visão de Francisco de Assis Toledo[19], "a simples omissão da autoridade em reprimir determinados crimes ou contravenções não basta para revogar por *desuetudo* a norma incriminadora penal". Nessa perspectiva, embora sem alcance social algum e sem aptidão para proteger o bem jurídico penal subjacente, o tipo tem potencialidade para ser aplicado num caso concreto. Assim, tínhamos o já revogado crime de adultério (art. 220, do CP), o qual, antes da Lei 11.106/2005, possuía plena vigência, sendo afastado por outros meios diversos dos costumes, como o princípio da subsidiariedade.

2.3 DA LEI ESTRITA

Por meio da lei estrita, almeja-se impedir a aplicação da analogia na criação de delitos e exasperação de penas em prejuízo dos acusados (*in malam partem*) – posição atual do moderno direito penal. Embora o art. 4˚, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro enuncie a possibilidade de o magistrado fazer uso da analogia nos casos de omissão legal[20], tal dispositivo deve ser visto *cum grano salis* diante das normas penais, em face da magnitude dos bens jurídicos envolvidos, bem como em razão de a lei traduzir-se em garantia para o indivíduo, jamais podendo transformar-se em instrumento de opressão e insegurança.

N'outras épocas, o uso da analogia incriminadora foi esposado por parte da doutrina. Penalistas de renome, dentre eles, Binding, na Alemanha, foram de encontro à proibição da analogia *in malam partem*. Aqui, em terras tupiniquins, Tobias Barreto, em tom sarcástico, alcunhou referenciada restrição de *analogofobia*. Em prol de tal prática ampliativa, falava-se em *maior eficiência da defesa social contra o crime*, eis que não haveria espaço para os criminosos mais inteligentes e sagazes burlarem a incidência da norma penal.

Calcado nos ensinamentos do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Bento de Faria, é por demais evidente que a possibilidade de uso da analogia em detrimento do réu desencadeará constante intranquilidade social. Outrossim, palavras do magistrado em referência, tão longevas quanto sábias, já advertiam para "o grave perigo de expor juízes, na criação de crimes ou na imposição de penas, a pressões externas, a paixões dominantes no momento, às sugestões da opinião pública, nem sempre bem orientada ou imparcial."[21]

Por sua vez, a denominada analogia em favor do réu (*in bonam partem*) é permitida[22], servindo como elemento de interpretação e autointegração da lei nos casos com similitude fática evidente e existência de lacuna no ordenamento jurídico, prestigiando assim a igualdade de tratamento. Aníbal Bruno[23], em nota de rodapé, traz à colação o pensamento tantas vezes citado de Carrara, quando verbera que "*per analogia non si può estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa*".

Por fim, não há óbice ao uso da *interpretação analógica* ou *extensiva*, mesmo em face de normas incriminadoras, segundo entendimento dominante. Vale aqui trazer à baila a distinção entre ambas, através do elucidativo escólio de nosso pranteado mestre Djalma Eutímio de Carvalho[24], esclarecendo que, *ad verbis*:

> Ocorre [a interpretação analógica] quando uma fórmula genérica se segue a uma fórmula casuística. É uma hipótese de interpretação extensiva, em que a própria lei determina que se estenda o seu conteúdo (art. 121, IV do CP e 130, *caput*, do CP). Difere da interpretação extensiva propriamente dita. Nesta, a lei diz menos que o desejado; naquela (analógica), expressa e genericamente relata os casos que devem ser abrangidos.

2.4 DA LEI CERTA

A lei penal incriminadora e sua penalidade correlata é altamente prejudicial ao cidadão. Razão disso, o legislador deve explicitar todo o conteúdo normativo da maneira mais límpida possível, no intuito de evitar o surgimento de dúvidas sobre o seu verdadeiro e real alcance, tanto entre os leigos, quanto entre os operadores jurídicos. Além do mais, uma disposição legal complicada e confusa de se entender implicaria até mesmo em prejuízo ao quanto vazado no art. 3˚, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, referente ao impedimento de cumprir a lei por desconhecimento[25] - em que pese tratar-se de mera ficção do direito. Zaffaroni chega a afirmar que uma das causas do enfraquecimento do direito penal de garantias é justamente *la lesión a la legalidade mediante tipos farragosos e vagos*[26].

Ao nosso sentir, quem melhor define o porquê da exigência de uma lei penal ser marcada pelo apanágio da precisão e exatidão é Luiz a Luisi[27], o qual chama dito postulado do princípio da legalidade de *determinação taxativa*, e vaticina ser o alvo de tal garantia a *redução do coeficiente de variabilidade subjetiva* na aplicação da norma. Deveras, quanto mais unidirecional for o sentido e a abrangência da imposição legal, sem ensejar interpretações diversas, mais garantida estará a liberdade do homem diante do poder estatal. Nessa perspectiva, restarão atendidos ainda, por fim, o ideal normativo pedagógico[28] de orientar a atuação dos indivíduos em sociedade, bem como será prestigiada a função intimidatória da norma penal.

Doutrinando de forma lúcida sobre o tema em voga, Rogério Greco[29] nos lembra que os "tipos penais que contêm os chamados conceitos vagos ou imprecisos ofendem o ditame da *legalidade material*, somente servindo de justificativa para abusos, arbitrariedades dos detentores do poder". Incursionando pela história, podemos constatar a veracidade de tal assertiva. Basta realizar uma simples leitura do artigo 28, da Lei de 28 de junho de 1935[30], o qual substituiu o artigo 2˚, do Código Penal Alemão, assim transcrito pelo próprio Greco:

> Será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se

> ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele.

Pela leitura da norma, o interprete é guiado a um mar de insegurança jurídica. Não por outro motivo, Nilo Batista[31] pontua que "em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo" e, citando Soler, prossegue concluindo que "se recorre com frequência a esse expediente em casos de delitos criados deliberadamente com intenção política".

Outro ponto controvertido no campo em debate é referente aos *elementos normativos do tipo.* A imprecisão de conceitos e a necessidade de um juízo de valor para concretização do injusto no terreno da tipicidade deixa, sem sobra de dúvida, uma margem de insegurança, retirando uma pouca da força da garantia legal. D'outro lado, tem a capacidade de conferir maior mobilidade aos tipos penais, evitando o engessamento das normas e o seu desuso em face da evolução social e do avanço tecnológico. Trata-se, ao nosso pensar, de uma mitigação necessária ao princípio da legalidade.

3. DA TENTATIVA E SUA PUNIBILIDADE NO CÓDIGO PENAL

Já apresentado princípio da legalidade e suas quatro faces, denota-se a imperiosa necessidade de seu efetivo cumprimento judicial, haja vista traduzir em garantia fundamental nos ordenamentos jurídicos esclarecidos. Por conta disso, e postando os olhares diante do Artigo 14, do Código Penal, infere-se dali a nítida distinção entre o crime consumado e o crime tentado, valendo transcrição, *in verbis*:

> Art. 14. Diz-se do crime:
> Crime consumado
> I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
> Tentativa
> II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

> Pena de tentativa
> Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Ora, qualquer entendimento, no sentido de equiparar consumação e tentativa, esbarra no texto dos incisos ora transcritos. E mais: se a equiparação for para efeito de penalização, o equívoco será ainda maior, haja vista a existência da expressão *salvo disposição em contrário*, levando à conclusão por meio da qual a pena do crime consumado somente será igual à do crime tentado quando houver previsão legal. Aqui, tem aplicação os ensinamentos de Paulo Queiroz, afirmando a necessidade da lei, quando nos lembra que "excepcionalmente o legislador dá ao crime tentado o mesmo tratamento do crime continuado, equiparando-os inclusive quanto à pena cominada"[32], fornecendo como exemplos 352, do CP e 309, do Código Eleitoral.

Forçoso perceber que "El delito se consuma cuando, produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión jurídica, o dicho em otros términos, hay consumación en tanto el hecho querido se produce mediante la integración de sus elementos essenciales"[3334]. Não se consumando o delito e persistindo a tentativa, a pena deve ser menor, tanto mais porque o Código Penal nativo abraçou a teoria objetiva (art. 14, parágrafo único), no que toca à punibilidade do *conatus*. Nosso saudoso e pranteado mestre ilheense, Djalma Eutímio de Carvalho, já afirmava a existência de uma verdadeira homenagem aos "princípios da proporcionalidade e da igualdade, que possuem assento constitucional. De fato, uma conduta menos grave (tentativa de crime) não pode ter a mesma pena que uma conduta mais grave (consumação)."[35]

Impossível, nessa ótica, sem previsão legal, equiparar consumação e tentativa.

Via de efeito, uma súmula jamais teria o poder de proceder a tal equiparação.

A tentativa existe e não pode ser sepultada.

4. CRIME DE ROUBO À LUZ DA SÚMULA 610 DO STF

Em um dado momento de nossa história (1603 até 1830), teve vigência o Livro V das Ordenações Filipinas, o qual mereceu duras críticas ante

a ausência de garantias penais. Bastava uma superficial leitura dos seus textos para notar o terror que permeava aquela legislação, sendo frequente a utilização da pena de morte, mutilações, queimaduras e até mesmo penas humilhantes, tais como o uso de capelas de chifres para os maridos tolerantes à traição.

O crime de roubo despontou nesse contexto, mais precisamente no Livro V, título 61, assim gizado:

> Pessoa alguma, de qualquer qualidade que seja, não tome cousa alguma per força e contra vontade daquele, que a tiver em seu poder.
> E tomando-a per força se a cousa asso tomada valer mais de mil reis, morra por isso morte natural.
> E se valer mais de mil reis, ou dahi para baixo, havará as penas que houvera, se a furtará, segundo fôr a valia della.
> O que tudo haverá lugar, postoque allegue, que offerecia o preço da coisa ao possuidor, ou que lhe deixou o dito preço: porque, como fôr contra sua vontade, queremos que haja ditas penas.
> Porém, se forem mantimentos, e o que os tomar for Cavalleiro, ou pessoa semelhante, ou dahi para cima, não haverá a pena desta Ordenação, mas as penas que dissemos no segundo Livro, Título 50: Que os Senhores de terras, nem outras pessoas não tomem, etc.
> E a pessoa, a que fôr provado, que em caminho, ou no campo, ou em qualquer lugar fóra de povoação tomou per força, ou contra vontade a outra pessoa cousa, que valha mais de cem reis, morra morte natural.
> E sendo de valia de cem reis para baixo, seja açoutado e degradado para sempre do Brazil.

O tipo era longo e cheio de lacunas, facilitando interpretações de toda ordem, ao passo em que as penas revestiam-se de brutal severidade. O atual crime de roubo tem sua redação mais enxuta e precisa e as penas são bem mais brandas, em apego aos princípios constitucionais. É doutrinariamente qualificado como *complexo*, eis que formado pela junção de dois ou mais tipos penais, a saber: furto (art. 155, do CP) e

constrangimento ilegal (art. 146, do CP) e/ou lesão corporal (art. 129, do CP). Teve em mente o legislador a proteção do patrimônio, da liberdade individual e integridade física do ofendido. Note-se que, ainda que aja morte (latrocínio), se a intenção do agente era a subtração de determinado bem, persiste a natureza patrimonial do crime.

Lastreada nas disposições do delito em testilha, a doutrina assim o divide: a) roubo próprio (*caput*); b) roubo impróprio (§1º), c) roubo qualificado[36] pelas circunstâncias (§2º); d) roubo qualificado pela lesão corporal grave (§3º, primeira parte) e, e) roubo qualificado pela morte ou latrocínio (§3º, segunda parte). Em cada parte acima enunciada, persistem pontos obscuros, com entendimentos diversos.

Vejamos.

No roubo próprio, o agente, fazendo uso inicial de grave ameaça ou violência, ou após o emprego de qualquer meio apto a extinguir a capacidade de resistência do ofendido, subtrai o objeto pretendido. A grave ameaça deve ser entendida como uma promessa concreta de mal e analisada em conjunto com outros fatores (fragilidade da vítima, local, momento etc.). A violência é o emprego de força física (lesão corporal leve ou vias de fato), sublinhando que a lesão grave ou a morte servem como qualificadoras. A terceira figura diz respeito a qualquer meio, o qual retire da vítima suas chances de oposição (violência imprópria). Nesse panorama, ensina Magalhães Noronha[37]:

> Cabem na expressão os meios de natureza físico-moral, que produzem um estado fisiopsíquico, o qual tolhe a defesa do sujeito passivo. Assim, a ação dos narcóticos, anestésicos, álcool e mesmo da hipnose. São processos fisiopsíquicos porque atuam sobre o físico da pessoa, mas produzem-lhe anormalidade psíquica, vedando-lhe resistência à ação do agente.

Por sua vez, no roubo impróprio (roubo por aproximação) o apoderamento da coisa é ato primeiro, constituindo-se a grave ameaça ou a violência em instrumentos para consecução da impunidade ou detenção do objeto. Vale registrar que nessa modalidade de roubo não existe a terceira figura (violência imprópria), consistente no emprego de qualquer meio, verberando Magalhães Noronha[38] que o legislador foi omisso nesse

ponto e, se a omissão foi voluntária, agiu de forma reprovável. Damásio de Jesus[39], sedimentando, nos diz o seguinte:

> A distinção entre roubo próprio e impróprio reside no momento em que o sujeito emprega a violência contra a pessoa ou grave ameaça. Quando isso ocorre para que o sujeito subtraia o objeto material, há roubo próprio. Quando, porém, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou continuar na sua detenção, para ele ou para terceiro, comete roubo impróprio. A diferença se encontra na expressão 'logo depois de subtraída a coisa'.

O momento da consumação nas duas modalidades de roubo é tema ainda nebuloso perante nossos Tribunais e doutrina. No roubo próprio, vem sendo aplicado entendimento semelhante àquele dispensado ao furto, ou seja, o tipo tem sua perfeição com a retirada inicial do objeto, sem necessidade do exercício da posse mansa e pacífica pelo agressor nem a saída da esfera de vigilância da vítima. É esse o posicionamento de nossas Cortes Superiores (STF e STJ). Em prol da tese ora esposada, permitimo-nos aderir o quanto decidido recentemente no REsp 1220817, cuja relatoria ficou sob a batuta do Exmo. Sr. Min. Og Fernandes, assim ementado, *ad litteram*:

> RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PRATICADOS EM CONCURSO FORMAL. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSÁRIA A POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. CRIME CONSUMADO.
> 1. De acordo com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito.

> 2. Vale ressaltar que "a questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática." (AgRg no REsp 721.466/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJe 1º/7/2009).
> 3. Todavia, não há como restabelecer a sanção fixada na sentença condenatória, visto que o Tribunal de origem diminuiu o percentual decorrente das causas de aumento de pena, não sendo esses fundamentos atacados pelo recorrente nas razões do especial.
> 4. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecida a consumação dos crimes de roubo, fixar a reprimenda do recorrido, definitivamente, 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.
> (STJ. REsp 1220817/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

Em rumo oposto, Celso Delmanto[40] *et al*, prega a necessidade da posse mansa e tranquila do objeto em poder do agente como pressuposto necessário à consumação da empreitada ilícita, dizendo que "o roubo próprio (*caput*) consuma-se quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do ofendido e fica em poder tranquilo, ainda que passageiro, do agente". Alguns julgados das Cortes Estaduais encampam o escólio de Celso Delmanto, sendo oportuna a transcrição da seguinte ementa, *ad verbum*:

> ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA POR ALGUM TEMPO. O roubo se consuma no momento que o agente tem, mesmo que por pouco tempo, a posse tranquila e desvigiada da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor

> do delito não caracterizam a tentativa. Apelo provido em parte. PENA. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. É possível a fixação da pena em patamar abaixo do mínimo legal, estabelecido na lei penal. Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP determinam uma punição no mínimo e se reconhece, em favor do acusado, atenuantes do art. 65 do mesmo diploma legal. Em particular as relevantes da confissão e menoridade. Este posicionamento não encontra obstáculos na lei penal. O artigo 59 não faz nenhuma menção a limites e o 65, expressamente, declara que aquelas circunstâncias sempre atenuam a pena. Voto vencido. (Apelação Crime Nº 70003534229, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 02/05/2002).

Concessa venia, entendemos que a consumação concretiza-se com a simples subtração do bem pelo agente, mediante o uso de violência ou grave ameaça[41]. Ao nossos olhos, o tipo não exige, em nenhum momento, a posse mansa e tranquila e nem a retirada do objeto do âmbito de vigilância e disponibilidade do ofendido (teoria da *amotio*). Tais exigências se constituem, a bem da verdade, em mero exaurimento da conduta delitiva. A tentativa, assim, é perfeitamente possível, ficando adstrita aos casos em que, por motivos alheios à vontade do ofensor, a subtração da *res* é inexitosa.

Por sua vez, o roubo impróprio consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça, *logo depois de subtraída a coisa*. Nessa toada, uma vez cabível o fracionamento do *iter criminis* no momento do uso da violência ou grave ameaça, entendemos ser também viável a incidência do *conatus*. Basta imaginar o seguinte exemplo: Gaio retira uma carteira porta-cédulas do bolso de Mévio, o qual de imediato percebe o ato e parte em visível perseguição a Gaio, sendo que este último, ao tentar sacar a sua arma, no afã de garantir sua empreitada, é contido. Típico caso de roubo impróprio tentado. A moderna doutrina penal abriga entendimento similar. A jurisprudência ainda é rasa nesse ponto.

Vale realçar a inexistência de violência imprópria no roubo impróprio.

Chegamos, então, à figura do latrocínio, mais precisamente na hipótese

de existência de *homicídio consumado* e *subtração tentada*, parte que nos interessa, pois é justamente onde surge a questão central do presente ensaio.

Seguindo a corrente do minimalismo penal, entendemos, com a devida permissão, equivocado o teor do Verbete 610, do Supremo Tribunal Federal, assim gizado: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima". Ora, pela leitura do Artigo 157, §3˚, segunda parte, do Estatuto Repressivo, e forte na premissa do roubo ser um crime doutrinariamente classificado como *complexo*, conforme delineado linhas atrás, podemos concluir que sua consumação tão-somente ocorrerá quando arregimentados todos os seus elementos. Portanto, sem subtração e morte, não há consumação. A tentativa, como já dito, não pode ser sepultada.

Rogério Greco[42] destaca o surgimento de três correntes com o intuito de fornecer uma resposta plausível às hipóteses de roubo com existência de *homicídio consumado e subtração tentada* – situação ventilada na súmula guerreada. A primeira delas, capitaneada por Frederico Marques, advoga a existência do latrocínio tentado, ante a natureza de crime complexo. A segunda, defendida por Nelson Hungria, perfilha a existência de homicídio qualificado consumado. A terceira corrente, após reiterados julgados, resultou no Verbete 610 e defende a concretização do latrocínio consumado, embora inexistente a subtração do patrimônio do ofendido.

Comungamos do entendimento firmado por Frederico Marques e Rogério Greco. A bem da verdade, consoante já delineado neste trabalho, o princípio da legalidade é a maior das garantias no direito penal. Não pode o indivíduo ficar à mercê de entendimentos doutrinários e jurisprudências quando a lei é clara, sem deixar margem de dúvidas para interpretações. A redação do Art. 14, inciso I, do CP, conceitua de forma *prévia, escrita, estrita* e *certa* o crime consumado, *quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.* D'outra vertente, a tentativa perfaz-se *quando, iniciada a execução,* [o crime] *não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*. É tudo muito cristalino, sem deixar espaços para o uso da hermenêutica maléfica.

Como corolário lógico da argumentação supra, a expressão *ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima*, contida no verbete ora guerreado, trata-se de odiosa criação jurisprudencial, sem qualquer respaldo legal, consubstanciando-se em patente ofensa aos ditames

constitucionais, tocando de forma indesejada aos direitos e garantias fundamentais dos acusados por essa modalidade de delito. Embora louvável a suposta intenção benéfica jurisprudencial, no afã de "proteger" os cidadãos, em vista da ocorrência de um homicídio, tal mecanismo de "proteção" optou por via inadequada, fomentando, ao revés disso, insegurança social e jurídica. Estes, assim, são os motivos pelos quais se deseja o cancelamento da súmula ora vergastada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira de raciocínio esboçado no presente estudo, resta evidenciado que a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal não encontra respaldo no princípio da legalidade e, por conseguinte, na Constituição Federal, merecendo ser cancelada, pois é fonte de lamentável constrangimento ilegal. Aquele que pratica crime tentado, conforme previsão legal certa e anterior, não pode receber penalidade de crime consumado. Por certo, o agravamento da reprimenda pode ser efetivado, desde que seja atendido o devido processo legislativo.

Ademais disso, pensamos que a exasperação da penalidade não trará solução/melhora social alguma, ao revés disso, ferirá de morte nossa Carta Magna, indo de encontro ao seu objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, fomentando um cruel ciclo de estigmatização, o qual conduz a um quadro lamentável de desigualdade social. Palavras tão longevas quanto sábias de Cesare Beccaria[43] já nos diziam que "a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade" e a história vem mostrando a veracidade de tal assertiva.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EL EXPEDIENTE 610 DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL E EL ENTIERO JURISPRUDENCIAL DE LA TENTATIVA

RESUMEN: Después de un intenso período de oscuridad y de la injusticia, la humanidad tiene ahora un camino a la seguridad y la protección legal a través del principio de legalidad. El principio de referencia terminó evolucionando con el tiempo. Hoy en día goza de cuatro características esenciales para su aplicación efectiva. La ley, entonces debe ser previa,

por escrito, estricta y exacta. A su vez, la ley penal brasileña estabelece claramente como se hará la efectiva sanción de la tentativa, diferenciando delito consumado del delito tentado. Sin embargo, el expediente 610 de la Corte Suprema Federal expone de manera diversa, expandiendo el código penal, causando lesiones a los ciudadanos. En este contexto, el presente estudio tiene como objetivo principal demostrar la violación del principio de legalidad a través del expediente 610 de nuestro Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal. Principio de legalidad. Expediente 610 da la Corte Suprema.

Notas

[1] A pena de morte ainda é mecanismo de punição em vários países do mundo. A China responde por maior parte das execuções, seguida por Irã, Arábia Saudita, Iraque e Estados Unidos. (BROWN, Widney. *Tornando a pena de morte obsoleta*. Anistia Internacional. Disponível em: <anistia.org.br/direitos-humanos/blog/tornando-pena-de-morte-obsoleta-2012-10-10>, acesso em 12/03/2013.

[2] LUISI (2003, p. 18/19)

[3] CUNHA JR. (2012, p. 593)

[4] As teorias sobre o contrato social se espraiaram entre os séculos XVI e XVIII, possuindo como intento justificar e requerer a formação dos governos. Dentre seus principais nomes, podemos citar: Thomas Hobbes (1588), John Locke (1632), Charles de Montesquieu (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1712).

[5] ROUSSEAU (2012, p. 73).

[6] Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli lembram que "Beccaria foi seguidor de Rousseau quanto às ideias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio de legalidade do delito e da pena. Considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado. Rejeitava duramente a crueldade inusitada das penas de sua época e a tortura, que era o meio de prova mais usual. ZAFFARONI e PIERANGELI (2011, p. 240).

[7] BECCARIA (1999, p. 30, 32 e 35)

[8] Bento de Faria, no entanto, acena para o posicionamento de Carlos Maximiliano, para quem "o mérito de excluir da aplicação das normas repressivas os fatos anteriores a sua vigência cabe aos geniais construtores do direito canônico, referindo, a respeito, a lição de SANTO AMBRÓSIO – a pena de um crime é a do tempo da norma que o reprimiu, nem se dá condenação alguma antes da lei, porém, sim, em virtude da lei (*poena criminis ex tempore legis est, quo crimen inhibit, nec ant legem ultra rei damnatio est, sed ex-lege*). FARIA (1961, p. 63/64).

[9] FRAGOSO (1995, p. 93)

[10] BATISTA (2011, p. 64)

[11] Heleno Cláudia Fragoso adverte, porém, que "um tal entendimento não poderia vigorar no direito anglo-americano, que reconhece na *common Law* fonte de normas penais. Embora alguns autores afirmem que o precedente do *case law* constitui garantia análoga à que proporciona a codificação, não há dúvida de que, nesse sistema, há certa margem de insegurança, especialmente no que tange à cominação das penas. [...] Em realidade, é possível afirmar com segurança que o princípio *nulla poena sine lege* não existe no direito penal inglês." FRAGOSO (1995, p. 92)

[12] Tradução nossa: O legislador deve formular normas com a maior precisão possível (mandato de certeza: *lex certa*); o legislador e o juiz penais não podem aplicar as leis de forma retroativa em prejuízo do acusado (proibição de retroatividade: *lex praevia*); o juiz penal deve contar com uma lei escrita para condenar ou agravar penas (proibição do direito consuetudinário: *lex scripta*) e não pode aplicar o direito penal de forma analógica em prejuízo do acusado (proibição da analogia: *lex stricta*).

[13] Tradução nossa: O conjunto de tudo isso é denominado pelos juristas penais como 'princípio da legalidade'. Com respeito a ele se espera uma estreita sujeição da jurisprudência e da lei, uma maior transparência na aplicação do direito e na sua justificação, e desse modo, uma melhor previsibilidade, e ao mesmo tempo, controle, daquilo que acontece na legislação e na jurisprudência penais.

[14] Nilo Batista noticia que "No Brasil, o caso mais escandaloso foi a imposição, por decreto, da pena de banimento a presos cuja liberdade era reclamada como resgate de diplomatas sequestrados por organizações políticas clandestinas, durante a ditadura militar. Sem reserva legal e sem processo, os presos, que – nada haviam feito – eram atingidos por autêntico *bill of attainder*, impondo-se-lhes uma pena não contemplada previamente em lei. BATISTA (2011, p. 47)

[15] LUISI (2003, p. 28)

[16] FERRAJOLI (2010, p. 351)

[17] Verbete 611 do STF: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

[18] BRUNO (1967, p. 187/188)

[19] TOLEDO (2010, p. 25)

[20] Art. 4 Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito - (Decreto-lei n° 4.657/42).

[21] FARIA (1961, p. 10)

[22] Parte minoritária da doutrina dissente quanto ao uso da analogia em normas penais excepcionais. Francisco de Assis Toledo menciona os ensinamentos de Bettiol, para quem "a proibição do procedimento analógico em matéria penal há que assinalar limites precisos. Recai sobre todas as normas incriminatórias e todas as que (mesmo eximentes) sejam verdadeiramente excepcionais" TOLEDO (2010, p. 27).

[23] BRUNO (1967, p. 209)

[24] CARVALHO (2007, p. 45)

[25] Art 3° Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece - (Decreto-lei n° 4.657/42).

[26] ZAFFARONI (2006, p. 15)

[27] LUISI (2003, p. 24)

[28] Em trecho interessante de sua obra, interligado na nossa ótica à pedagogia no Direito Penal, Ferrajoli advoga que "O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é. (2010, p. 208)

[29] GRECO (2010, p. 139)

[30] Francisco Muñoz Conde alerta a comunidade jurídica para o fato de Edmund Mezger, um dos maiores penalistas da humanidade, ter figurado como um dos componentes da Comissão de Reforma do Direito Penal, tendo "destacada participação na redação de textos legais fortemente impregnados da ideologia nazista, como a reforma de 28 de junho de 1935 que introduziu no Código Penal Alemão (StGB) a analogia como fonte de criação de Direito Penal se ideia jurídica que lhe serve de fundamento e o são sentimento do povo assim o requerem." CONDE (2005, p. 41)

[31] BATISTA (2011, p. 76)

[32] QUEIROZ (2013, p. 317)

[33] VASCONCELOS (1974, p. 16)

[34] Tradução nossa: O delito se consuma quando, produzindo-se o resultado ou exaurindo-se a conduta, se verifica a lesão jurídica, ou dito em outros termos, há consumação quando o fato desejado se produz mediante a integração de seus elementos essenciais.

[35] CARVALHO (2007, p. 158)

[36] Trata-se de causa de aumento de pena, não sendo tecnicamente correto o termo *qualificado*.

[37] NORONHA (1995, p. 151).

[38] Ob. cit. p. 152.

[39] DE JESUS (2011. p. 336).

[40] DELMANTO (2000. p. 321).

[41] Entretanto, oportuno destacar que o Anteprojeto do novo Código Penal (PLS 236/2012), no parágrafo único, do art. 24, diz que: "Nos crimes contra o patrimônio, a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito."

[42] GRECO (2011, p. 443)

[43] BECCARIA (1999, p. 87).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, Tomo 1. 3. ed. Rio de janeiro: Forense, 1967.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2012.

DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2002.

DE CARVALHO, Djalma Eutímio; *Curso de direito penal,* Parte geral. 2. ed. Rio de janeiro: Forense, 2007.

DE FARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*, Volume II. 3. ed. Rio de janeiro: Distribuidora Récord Editôra, 1961.

DE JESUS, Damásio. *Direito penal.* 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso *et al.Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, Parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
HASSEMER, Winfried. *Crítica del derecho penal de hoy*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. 1˚. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2010.
NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal.* 9. ed. : Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2013.
RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.
RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER Otto. *Punição e estrutura social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
VASCONCELOS, Francisco Pavon. *La tentativa.* 2. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1974.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal.* Madrid: Dykinson, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas.* 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro.* 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UM REFORÇO À INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Antonio Henrique de Almeida Santos*

RESUMO: Este trabalho tem por objeto de estudo a interpretação do disposto no artigo 52, X da Constituição Federal. A relevância do tema revela-se tanto no campo teórico quanto no pragmático. Parte-se da discussão inaugurada com os votos dos Ministros Gilmar Mendes – relator – e Eros Grau, proferidos em sede da Reclamação 4335-5/AC, cujo conteúdo tem o condão de modificar o entendimento solidificado na doutrina e jurisprudência, no sentido de entender doravante como desnecessário ato do Senado Federal para o fim de conferir efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal exarada através do controle difuso de constitucionalidade. A apreciação da ocorrência ou não do fenômeno da mutação constitucional via interpretação constitucional entremostra a importância teórica do estudo do tema. O presente estudo, nesse aspecto, contribui com uma revisão parcial da doutrina acerca do tema, além de apresentar uma apreciação crítica particular a respeito de alguns aspectos relevantes. De importância prática também, considerando o fato de que a questão ainda se encontra em aberto, no aguardo da conclusão do julgamento da supracitada reclamação.

PALAVRAS-CHAVE: Reclamação 4335-5/AC. Interpretação constitucional. Controle de constitucionalidade. Mutação constitucional.

1. INTRODUÇÃO

O equilíbrio entre os poderes estatais parece ser um desejo nunca totalmente realizado. Se é possível afirmar uma evolução na história do mundo e, particularmente, na do Brasil é igualmente certo perceber a atualidade da tensão entre os poderes. Esse conflito ora esmorece, ora

* Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese), Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

exacerba-se a depender de diversos fatores de cunho político, social, econômico. Em uma decisão específica acerca de um assunto que de início não teria o condão de influenciar relevantemente essas tensões, inicia-se um questionamento passível de modificar completamente todo o entendimento doutrinário/jurisprudencial até então desenvolvido no que pertine ao controle jurisdicional da constitucionalidade das normas e, por via indireta e de consequência, acirrar os conflitos existentes entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, dada à direta influência a exercer sobre o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, a Reclamação 4335-5, em curso no Supremo Tribunal Federal objetiva impor a autoridade de um julgado do STF ao juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, julgado esse proferido em sede de *habeas corpus* em decisão final através do controle difuso de constitucionalidade. Com o processo surge discussão até então inexistente acerca da interpretação a ser dada ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal. A depender o rumo a ser seguido, manter-se-á o entendimento amplamente dominante acerca dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso, no sentido de somente após ato do Senado conferir-se efeitos para todos; ou modificar-se-á esse entendimento para a ideia que também por essa via de controle os efeitos sejam automaticamente *erga omnes*.

O presente artigo inicia com uma breve análise das decisões proferidas na aludida reclamação que inovam na interpretação do artigo, apresentando suma dos argumentos utilizados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, autores dos votos novidadeiros, utilizando-os como ponto de partida para discussão a respeito da melhor interpretação a ser dada ao dispositivo constitucional objeto do estudo.

Faz-se em seguida uma apresentação dos sistemas de controle de constitucionalidade na experiência estrangeira e o sistema utilizado no Brasil à luz da doutrina dominante.

Em seguida, introduzem-se alguns aspectos pertinentes à mutação constitucional, ressaltando-se suas características principais, limites e dando-se especial atenção à mutação constitucional realizada por meio da interpretação constitucional.

Na parte principal do trabalho, faz-se uma revisão dos textos doutrinários escritos até então acerca do tema, a partir dos votos proferidos na reclamação, apresentando-se as principais críticas de alguns autores, bem como uma reflexão própria a respeito de aspectos

julgados importantes e pouco estudados nos trabalhos referidos.

Por fim, apresenta-se uma conclusão com abordagem crítica, de viés preponderantemente jurídico, todavia com alguma apreciação de ordem sociológica.

2. A RECLAMAÇÃO 4335-5/AC DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A ORIGEM DA DISCUSSÃO

Está ainda em andamento no Supremo Tribunal Federal – STF a Reclamação 4335-5/AC, distribuída em 04/05/2006, cujo objetivo é garantir o cumprimento de decisão da Corte que, em sede de *habeas corpus*[1], declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei 8.072/90, referente à impossibilidade de progressão do regime do cumprimento de pena nos crimes chamados hediondos. Com os votos já proferidos pelo relator, Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Eros Grau, estabeleceu-se uma polêmica acerca do alcance e aplicação de decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade de lei, uma vez que referidos votos trazem interpretação nova acerca do quanto disposto no artigo 52, X da Constituição Federal.

Em seus votos, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau decidiram por conferir eficácia *erga omnes* à decisão prolatada no supra mencionado *habeas corpus,* modificando, dessa forma, o entendimento consolidado na Corte.

Ilustra-se, por oportuno, parte de ambos os votos:

> Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990. (MENDES, 2007, p.65).

E ainda:

> A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo

> Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto – voto dele, Relator – e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. (GRAU, p.19)

Como se pode observar, o entendimento dos ministros, explicitado em seus votos, foi no sentido da ocorrência de verdadeira mutação constitucional com referência ao mencionado artigo 52, X da Constituição Federal. Se antes se compreendia a necessidade de ato do Senado para, suspendendo a execução da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferir a essa decisão a eficácia para todos; agora se pretende, com nova inteligência dada ao dispositivo, imprimir uma outra conformação no sentido diametralmente oposto. À luz desse novo entendimento, o ato do Senado serviria tão somente para dar publicidade à decisão do STF que já carregaria consigo a força e eficácia oponível contra todos. A vinculação de todos seria, nesse passo, qualidade necessária, intrínseca à decisão declaratória de inconstitucionalidade, não importando o mecanismo jurídico/processual utilizado para essa declaração. Quer através do controle concentrado, quer pelo controle difuso de constitucionalidade, o efeito vinculante a todos seria alcançado.

Considerando que o objetivo desse trabalho é o de contribuir para uma interpretação e aplicação do disposto no artigo 52, X da Constituição Federal e que, como explicitado no título do presente capítulo, tem-se a discussão levantada com a Reclamação 4335-5 apenas como ponto de partida para esse desiderato, não se pretende aqui apresentar e discutir pormenorizadamente o conteúdo dos votos dos ministros. Não obstante, entende-se relevante referir-se sucintamente aos fundamentos das decisões.

Em apertada suma, os senhores ministros compactuam com o entendimento de que se deve operar uma mutação constitucional

em relação ao dispositivo em razão da inutilidade e obsolescência da interpretação até então majoritária. Asseveram que a função do Senado Federal seria publicizar as decisões do STF. O Ministro Mendes rebate o fundamento de que esse novo entendimento iria de encontro ao princípio da separação de poderes, ao argumento de que no controle concentrado, em uma ação direta de inconstitucionalidade, não se discute tal quebrantamento de princípio, mesmo diante de uma liminar que suspenda um ato legislativo. Por seu turno, o Ministro Eros Grau chega a apresentar uma conceituação mais elástica do que a doutrina costuma dar à mutação constitucional[2], admitindo a possibilidade de substituição do próprio texto normativo pelo intérprete.

Como dito, a reclamação comentada continua em curso. Além dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau que julgaram procedente o pedido contido na reclamação, votaram o Ministro Sepúlveda Pertence pela improcedência, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para o deferimento da progressão do regime prisional e os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowiski que não conheceram da reclamação e igualmente concederam *habeas corpus* de ofício. Atualmente o feito encontra-se com vista para o Ministro Teori Zavascki.

3. SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para uma melhor compreensão do tema, é pertinente apresentar algumas linhas a respeito do controle de constitucionalidade e, em especial, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas.

Fazer um controle de validade de uma norma é, numa palavra, aferir sua conformidade com outra norma superior. É verificar se a norma sob análise adequa-se à norma hierarquicamente mais elevada. E considerando-se a Constituição o ápice do arcabouço legislativo de um Estado, é certo que haverá sempre a possibilidade do controle de validade de qualquer norma perante a Constituição. A essa verificação de adequação de uma norma à Constituição denomina-se controle de constitucionalidade. E se é inconteste a importância da Constituição nos Estados modernos, é medida de igual importância a existência de um

sistema adequado e eficiente de controle de constitucionalidade, pois somente este efetiva e garante a supremacia da Constituição perante as demais normas jurídicas[3]. Até porque, só faz sentido em falar em superioridade da Constituição partindo-se da premissa da existência de mecanismos aptos a verificar essa hierarquia, aferir a validade das normas com norte nessa hierarquia e suprimir do mundo jurídico a norma não adequada e não adequável à Constituição. A isso se chama de controle de constitucionalidade.

De modo resumido, o mundo jurídico ocidental conhece três modelos básicos de controle de constitucionalidade que são, ora utilizados isoladamente em dado Estado, ora experimentados de modo combinado.

O modelo conhecido como *Judicial Review* teve sua construção doutrinária nos Estados Unidos da América e tem como certidão de nascimento a célebre decisão do juiz Marshall no caso Marbury x Madison, em 1803[4], cuja doutrina de Alexander Hamilton foi crucial para a concepção e desenvolvimento do sistema[5]. A ideia básica consiste na possibilidade de o juiz, no exame de uma situação concreta, poder verificar a constitucionalidade de uma norma e, caso entenda pela desconformidade com a Constituição, afastar a aplicação da norma.

Com fundamento principal na doutrina de Kelsen[6], elaborou-se o chamando controle concentrado de constitucionalidade, em oposição ao controle difuso do modelo norte-americano. O modelo político-jurisdicional austríaco funda-se na existência de uma corte jurisdicional específica responsável por decidir acerca do controle de constitucionalidade, através de julgamento de ações igualmente específicas.

Por fim, a doutrina reconhece ainda o modelo político francês, em que o órgão responsável por controlar a constitucionalidade normativa não faz parte do Poder Judiciário.

No Brasil foi adotado o sistema misto de controle judicial de constitucionalidade normativa, pois tanto há um órgão de cúpula do Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, quanto esse controle pode ser feito de modo difuso por qualquer juiz ou tribunal, de forma incidental, ao julgar um caso concreto. Não há, desta forma, ações específicas para exercício dessa espécie de controle judicial, podendo ser efetivado,

em tese, em qualquer espécie de ação levada a julgamento a um órgão judiciário.

Por seu turno, o controle concentrado é exercido através de cinco espécies de ação: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, I "a" da CR/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º da CR/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III da CR/88), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º da CR/88) e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (art. 102, I, "a" da CR/88).

No que se refere aos efeitos do julgamento, a doutrina majoritária afirma que somente o controle concentrado gera efeito *erga omnes,* ao contrário, no que pertine ao controle difuso, conforme leciona Bernardo Gonçalves Fernandes, "os efeitos são, sem dúvida, *ex tunc* e *interpartes,* pois o que se julga é um caso concreto[7]". Não obstante, a própria Constituição prevê mecanismos legítimos aptos a ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade efetivado pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso. E para que esse efeito passe a ser para todos, há duas possibilidades legais: a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF, feita pelo Senado Federal ou a elaboração de Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal, observando-se os requisitos e as hipóteses previstas na Constituição[8] .

4. ALTERAÇÃO NORMATIVA VIA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia de Constituição como estatuto jurídico da política potencializa a tensão existente em todo o ordenamento jurídico entre mudança e permanência das normas[9]. E mesmo sendo característica das Constituições a "vocação de permanência"[10], é certo que a dinâmica da vida e a própria sucessão de gerações tenciona no sentido de evolução e atualização das normas. No que tange à Constituição, essa alteração pode ser realizada formalmente, com a modificação textual e por procedimento próprio através de emendas constitucionais ou de modo informal utilizando-se do mecanismo que a doutrina chamou de mutação constitucional.

Com efeito, Kublisckas, leciona que:

> ...em face da evolução dos hábitos, costumes e valores da sociedade, da dinâmica econômica, das inovações tecnológicas, das práticas políticas e da atuação dos grupos de pressão, dentre outros inúmeros fatores, as normas constitucionais sofrem alterações profundas e contínuas de sentido, significado e alcance, alterações estas operadas por mecanismos difusos, paulatinos, assistemáticos e que não ensejam a modificação da literalidade do texto dos dispositivos constitucionais.[11]

Vê-se que o espectro de atuação do fenômeno da mutação constitucional é a realidade normada, o âmbito normativo, permanecendo a literalidade, programa normativo, sem modificação[12]. Mutação constitucional é, então, o "mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto."[13]

Diversamente do que ocorre com as emendas constitucionais, onde os legitimados para propositura e decisão, além do procedimento, são previstos no próprio texto da Constituição, no caso da mutação constitucional não há previsão legal. Vale dizer, não é a norma que define quem, como e quando se produz uma mutação constitucional. Nessa esteira, Barroso reconhece três mecanismos utilizados para atuação da mutação constitucional: a interpretação, a atuação do legislador e os costumes.[14] Para o objetivo deste trabalho, considerando a decisão acima mencionada que deu origem à polêmica cuja interpretação ora se estuda, releva-se aclarar o significado do primeiro desses mecanismos.

4.1 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL REALIZADA ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO

Interpretar a Constituição importa em verificar o conteúdo normativo, aplicá-lo aos fatos postos à análise e construir a norma concreta[15]. Assim, modernamente entende-se o caráter concretizador da interpretação como corolário da ideia consolidada da complementaridade entre fato e norma. A norma é formulada a partir do texto e dos fatos, sendo a interpretação o mecanismo utilizado para essa formulação.

Dentre as características ínsitas à interpretação constitucional,

destaca-se, no que pertine ao tema da mutação constitucional, a especificidade semântica de predominância de normas de conteúdo aberto. Embora essa forma textual não seja exclusiva das Constituições, é certo que lá encontram profícua utilidade e é, por isso, largamente utilizada. É natural das modernas Constituições a presença de enunciados gerais, quer sejam conceitos jurídicos indeterminados, quer sejam princípios. Em ambas as espécies de enunciados normativos reside a necessidade de densificação interpretativa que importa, logicamente, em realização de escolhas fundadas em valores diversos para a adequada realização da norma no caso concreto. E essa necessária valoração, que variará de acordo com o tempo, espaço, intérprete, torna-se campo fértil para a ocorrência da mutação constitucional.

Partindo-se da premissa que só existe norma interpretada[16], somente há que se falar em mutação constitucional na hipótese de modificação de uma interpretação normativa anteriormente estabelecida. Este, aliás, é um dos limites do fenômeno da mutação constitucional apontados pela doutrina. Moreira afirma nesse sentido que:

> o primeiro (limite) é o de observar o significado antigo atribuído à norma constitucional, isto é, não ignorá-lo ou desconhecê-lo e interpretar que aquele significando já não mais condiz com os pressupostos constitucionais e/ou fáticos do contexto constitucional contemporâneo.[17]

Ainda acerca dos limites da mutação constitucional, a doutrina aponta as possibilidades semânticas do texto[18]. Com efeito, nenhuma mutação será legítima afirmando que um texto diz o que ele não diz, ou que não diz o que de fato diz. A não contrariedade aos princípios e fundamentos da Constituição é outro limite à mutação constitucional.

É, pois, a modificação do significado da norma tendo como paradigma um significado anteriormente conferido a ela, significado esse que possa ser extraído do texto sem contrariedade ao conteúdo semântico dele e que esteja em consonância com os princípios constitucionais, que caracteriza a mutação constitucional pela via interpretativa[19].

A contrário senso, sobreleva-se afirmar que nenhuma modificação de significado normativo que não caiba no texto e/ou que agrida a princípios constitucionais pode ser admitido como mutação constitucional. Ocorre

aí o que a doutrina denomina de mutação inconstitucional e, como é evidente, não se pode ter como interpretação válida da Constituição.

Demais disso, em monografia sobre o tema, Kublisckas aponta diversas situações passíveis de ocorrência da mutação constitucional, nem sempre no sentido exato do acima enunciado:

> (a) há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se lhe assim a abrangência, para que passe a alcançar novas realidades; (b) se imprime um sentido determinado e concreto ao texto constitucional; (c) se modifica interpretação anterior ou se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional (*overruling*); (d) há uma adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento de elaboração da Constituição; (e) há a adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação; (f) se preenchem, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional e etc (sic).[20]

A mutação constitucional via interpretativa realizada pelos organismos públicos autorizados constitucionalmente a aplicar as normas constitucionais é chamada de orgânica[21], de modo que é essa espécie de mutação constitucional a efetivada pelo Poder Judiciário e, de modo especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

5. O ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UMA RENOVADA INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Desde meados de 2007; após o voto do Relator Gilmar Mendes na Reclamação 4335-5/AC, seguido pelo voto do Ministro Eros Grau, no mesmo sentido, entendendo ter ocorrido mutação constitucional em relação ao disposto no inciso X, do artigo 52 da Constituição, dando-se-lhe um significado diverso do anteriormente consolidado, equiparando, desta forma, o alcance dos efeitos do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, desde que através deste haja decisão final do Supremo Tribunal Federal; diversos trabalhos foram elaborados acerca do tema. Com efeito, a substancial importância dos rumos a serem

dados ao sistema de controle de constitucionalidade no Brasil a partir de uma possível modificação de paradigma interpretativo, pretendendo-se fixar a tese "abstrativização do controle difuso"[22], ensejou o interesse de vários estudiosos a respeito do assunto, redundando na publicação de textos científicos avulsos, bem como no comentário a respeito em trabalhos mais genéricos e abrangentes. A bibliografia consultada para elaboração deste artigo, embora sem esgotar as fontes de estudo, dá uma ideia do que já fora escrito até então.

Não obstante, afigura-se ainda relevante a manutenção do assunto em pauta, quer, repita-se, pela importância pragmática e teórica do tema, quer pelo fato de o processo ainda estar em andamento, quer pela intenção de discutir ainda alguma abordagem que talvez não tenha sido tão explorada em outros escritos.

De qualquer sorte, insta apresentar de início os argumentos de outros autores sobre a questão.

A primeira e contundente oposição ao entendimento apresentado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau diz respeito à possibilidade semântica dessa nova interpretação. Como visto, a doutrina ensina que a mutação só pode ser qualificada de constitucional se a interpretação contra-paradigmática puder ser extraída do texto da norma. Além disso, o próprio conceito de mutação constitucional importa em compreender uma nova significação normativa sem modificação textual. No caso sob exame o artigo 52, X da Constituição Federal dispõe textualmente que compete privativamente ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Vê-se que não se afigura razoável a significação cujos votos pretendem dar ao texto, em sentido da desnecessidade de ato do Senado para que a norma declarada inconstitucional tenha efeito *erga omnes*, considerando-se que o dispositivo expressamente afirma o contrário. Não se olvidando que é próprio da interpretação constitucional a maximização da realização de seus dispositivos, não é correto reduzir a mero ato de publicização uma dicção normativa que prescreve que o ato do Senado tem o condão de suspender a norma declarada inconstitucional em última instância. É evidente que os poderes públicos possuem seus instrumentos de publicidade aptos a este desiderato. Em suma, não se encaixa nas possibilidades semânticas do texto a interpretação pretendida.

Neste sentido é também a opinião de Fernandes[23] quando, comentando os votos mencionados, afirma que "o que ocorre, na verdade, é uma afronta ao texto legal, com uma "pretensa" manipulação da Constituição, pois os ministros estão mudando o texto constitucional e não reinterpretando...". Esse igualmente é o entendimento de Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima[24] que, em crítica ao posicionamento dos ministros questionam se "[a] interpretação da Constituição pode levar ao que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas aos limites, façam soçobrar os limites semânticos do texto..." Os autores, inclusive demonstram a ocorrência de contradição no voto do Ministro Eros Grau, quando de início reconhece que o voto do Ministro Gilmar Mendes propõe a substituição de um texto por outro, chamando essa possibilidade de mutação constitucional, todavia posteriormente assevera ser mutação constitucional uma transformação de significado normativo sem que se altere sua redação.

Outro ponto relevante, e de igual modo evidenciado em trabalhos anteriores, é a necessária discussão a respeito dos limites da atuação dos poderes constituídos. Nessa esteira, da leitura dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, percebe-se uma fundamentação de nítido viés voluntarista, onde os alicerces da mudança paradigmática pretendida são lançados com base em afirmações de obsolescência, inadequação, inoportunidade da interpretação até então vigente. A rigor, por mais que se tente ancorar o discurso em posicionamentos de reconhecidos doutrinadores, não se consegue perceber lastro jurídico/científico suficiente a sustentar a tese. Ao contrário disso, o que sobressai é a vontade dos julgadores em fazer valer esse discurso tão somente razão da posição que ocupam. Uma passagem do voto do Ministro Eros Grau é emblemática dessa ideia, que, segundo Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima[25], contraria a própria história do ministro como doutrinador. Ei-la: "o discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito, Ele nos seguirá; não o inverso." (Grau, p.14)

Parece indefensável a tese de modificação não do significado, mas do próprio texto constitucional pelo Poder Judiciário, sob pena de séria e perigosa quebra do princípio da separação dos poderes, mais ainda quando o fundamento para essa tentativa são razões que se encaixam em juízos de conveniência e oportunidade e não em adequação ao direito.

Sobre aspecto diverso, a doutrina ainda tem referido a possibilidade de edição de súmula vinculante caso o Supremo Tribunal Federal pretenda dar efeito para todos às decisões definitivas prolatadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que, evidentemente, preenchidos os requisitos previstos na Constituição. Vê-se que é mais um forte argumento a sedimentar o tradicional entendimento acerca do tema, uma vez que nem toda decisão definitiva pode ser sumulada com efeito vinculativo, senão aquela que se enquadre no disposto do artigo 103-A da Constituição Federal. Nesse diapasão, tem-se que "uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em "equiparar" o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante)."[26]

Importante aspecto acerca do tema que fora pouco estudado nos trabalhos apresentados sobre a questão, é a obrigação ou não de o Senado exarar o ato de suspensão da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Dos textos estudados que versaram sobre a questão, somente no de Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima foi feito referência ao assunto, mesmo assim de forma tangencial, sem imprimir a necessária reflexão. Sem embargo de os argumentos já fartamente apresentados serem suficientes para manter o entendimento tradicional a respeito do ora estudado dispositivo constitucional, é de se ressaltar a crucial relevância para amalgamar este significado o aprofundamento acerca da obrigatoriedade ou não do ato senatorial.

Esta importância descortina-se através da observância da necessidade tanto do respeito que se deve ter ao Poder Constituinte quanto ao princípio da separação dos poderes.

É que a constatação de que não é dada ao Poder Judiciário a possibilidade de inobservar as normas postas legitimamente pelo Poder Constituinte é reforçada com a aferição dos fins da norma, inteligência esta que vai para além do conteúdo semântico do texto. Vale dizer, se a só inobservância do conteúdo semântico do texto da Constituição já é suficiente para infirmar qualquer interpretação que lhe seja contrário, mais ainda o é uma interpretação que contrarie a finalidade da norma. Daí a premência em se aferir se o ato é discricionário ou não.

Por outro canto, a constatação da discricionariedade do ato reforça a

tese de lesão ao princípio da separação dos poderes em caso de entender pela desimportância deste ato.

Fernandes, como boa parte da doutrina pátria, afirma que o "Senado terá a discricionariedade para suspender a Lei declarada inconstitucional em controle difuso."[27] E parece ser esse o caminho mais adequado. Difícil encontrar fundamento razoável para entender como não discricionárias as competências das Casas Legislativas. No que toca ao dispositivo particularmente estudado, além da tipicidade da função atribuída ao Senado que já delineia por si só a existência de elevado grau de discricionariedade, atributo inerente ao exercício do poder político; a própria previsão constitucional de dois modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis advoga em favor dessa tese. Não fosse essa a interpretação a ser dada, afigurar-se-ia, de fato, de pouca relevância a dicção do inciso X do artigo 52. Ocorre que não se pode interpretar uma norma constitucional senão à luz de princípios como o da efetividade e da unidade da Constituição. E nesse caminho é que a afirmação de que o ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional é discricionário aponta para a efetividade da norma, porquanto se dá a ela, a norma, uma necessária utilidade prática; bem como para uma interpretação da Constituição coesa de modo a lhe confirmar o caráter de unidade, conferindo, dessa forma, igualmente efetividade ao sistema misto de controle de constitucionalidade querido pelo legislador constituinte.

Não se olvide, outrossim, que a discricionariedade do Senado limita-se a aferir a conveniência e oportunidade de, suspendendo a norma declarada inconstitucional, dar efeito para todos. Não há e não poderia haver qualquer discricionariedade ou mesmo sindicabilidade do Senado quanto à decisão do Supremo em declarar a inconstitucionalidade da norma.

6. CONCLUSÃO

O espaço a ser ocupado no Brasil pelos poderes estatais parece ainda estar em vias de especificação/construção. Se não se pode afirmar que as instituições públicas, incluídos os órgãos de poder, sejam novas, considerando uma história de pouco mais de quinhentos anos, não é equívoco asseverar que do ponto de vista da realização de um

Estado Democrático de Direito há ainda muito a ser feito, aprendido, concretizado. E nessa estrada de linearidade improvável, é razoável o enfrentamento entre as forças políticas e sociais que compõem a sociedade e desejável o aprendizado inexoravelmente decorrente desse embate. No plano do respeito à Constituição surgem questões relevantes que dizem com a judicialização da política, ativismo judicial e equilíbrio de poderes, questões postas há muito, mas que estão longe, ao que parece, de serem totalmente resolvidas. Se de um lado o Poder Judiciário tem relevante parcela de responsabilidade na criação e intensificação dessas tensões, decidindo nitidamente com base voluntarista, com ralo alicerce argumentativo constitucional, firmando posições que extrapolam sua missão constitucional, há igualmente responsabilidade do poder político (Legislativo e Executivo) quando insistem em judicializar questões de cunho eminentemente político. A lição Leonardo Avritzer ilustra cabalmente esse pensamento:

> Há, no entanto, um segundo aspecto do processo recente de judicialização que ... precisa ser examinado com mais cautela: trata-se da expansão do poder dos juízes para além do campo constitucional, em detrimento dos políticos e dos administradores. É possível ver essa dimensão em forte expansão no Brasil hoje, seja por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por conta de decisões em outras instâncias do Poder Judiciário... Esse aumento se articula com uma má utilização do artigo 103 da Constituição, especialmente pelos partidos políticos, que têm levado discussões tipicamente congressuais para o âmbito do Poder Judiciário. A judicialização da relação entre o Legislativo e a opinião pública tem como origem o abuso na utilização de ADIs pelos partidos políticos... O importante em relação às ADIs movidas por partidos políticos é que elas frequentemente são extintas por perda de objeto e constituem frequentemente apenas parte da estratégia midiática dos partidos de oposição.[28]

Embora não seja o objeto principal do presente trabalho a apreciação

desses fenômenos, típicos de uma sociedade constitucionalizada, não se pode deixar de perceber a importância da influência desses conflitos na fenomenologia típica do estudo do Direito Constitucional, como a mutação constitucional e interpretação constitucional.

No que pertine concretamente ao presente trabalho, insta concluir que os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferidos na Reclamação 4335-5/AC não se conduziram conforme os ensinamentos doutrinários acerca dos temas da interpretação constitucional e mutação constitucional, de modo que construíram, à guisa de mutação constitucional, uma norma que não encontra base no texto constitucional. Ao contrário da pretensão expressada nos aludidos votos, afigura-se mais coerente com o texto e com o conjunto principiológico estampado na Constituição, a manutenção da interpretação tradicional dada ao conteúdo do artigo 52, X da Constituição.

ARTICLE 52, X, OF THE FEDERAL CONSTITUTION - A REINFORCEMENT THE TRADITIONAL INTERPRETATION

ABSTRACT: This work is related to the partial evaluation of discipline General Theory of Constitutional Law, the program graduate in Law from the Universidade Federal de Sergipe - UFS and object of study is the interpretation of Article 52, X of the Constitution. The relevance is revealed both in theory and in pragmatic. Part of the discussion was opened with the votes of Ministers Gilmar Mendes - relater - and Eros Grau, cast at the headquarters of the complaint 4335-5/AC whose content has the ability to modify our understanding solidified the doctrine and jurisprudence, in order to understand hereafter as unnecessary act of the Senate for the purpose of giving effect *erga omnes* the decision of the Supreme Court drawn up and through the diffuse control of constitutionality. The assessment of the presence or absence of the phenomenon of constitutional mutation via constitutional interpretation demonstrate the theoretical importance of the study of the subject. The present study in this regard contribute a partial revision of the doctrine on the subject, and present a critical assessment particularly regarding some relevant aspects. Also of practical importance, considering the fact that the question is still open, pending the conclusion of the trial of the above claim.

KEYWORDS: Complaint 4335-5/AC. Constitutional Interpretation. Judicial Review. Constitutional mutation.

Notas

[1] HC. 82959/SP.
[2] Para a doutrina dominante ocorre o fenômeno da mutação constitucional quando se transforma o sentido e alcance do conteúdo normativo da Constituição sem que haja modificação no texto. É exatamente essa a característica principal desse mecanismo informal de alteração normativa. É o que diferencia a mutação da emenda ou revisão constitucional.
[3] Cf. Marcelo Lamy. *Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. P. 2.
[4] Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. P. 42.
[5] Cf. Marcelo Lamy. *Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. P. 11.
[6] Cf. Marcelo Lamy. Sistema Brasileiro de *Controle de constitucionalidade*. P. 14.
[7] Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. P. 1095.
[8] Cf. Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. P. 1095/1097.
[9] Cf. Wellington Márcio Kublisckas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 29.
[10] Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 145.
[11] Wellington Márcio Kublisckas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 68.
[12] Cf. Wellington Márcio Kublisckas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 72.
[13] Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 146.
[14] Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 151/158.
[15] Cf. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 103.
[16] Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 153.
[17] Eduardo Ribeiro Moreira. *Teoria da reforma constitucional*. p. 94.
[18] Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 150.
[19] Barroso (2011) aponta exemplo interessante de mutação constitucional pela via da interpretação judicial. Refere-se ao critério da fixação de competência por prerrogativa de função previsto no artigo 102, I, b da Constituição, cujo entendimento sumulado do STF era no sentido de permanência da competência mesmo após o agente público ter deixado o cargo ou função pública. Posteriormente esse entendimento fora modificado no sentido de que a competência especial só existe enquanto o agente estiver na titularidade do cargo ou exercício da função pública.
[20] Wellington Márcio Kublisckas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 119/120.
[21] Cf. Wellington Márcio Kublisckas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 120.
[22] Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. p. 1101.
[23] Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. p. 1101
[24] Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. p. 23.
[25] Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. p. 25.
[26] Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. p. 10.
[27] Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. p. 1096.
[28] Leonardo Avritzer. *Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil*. In Dimensões Políticas da Justiça. p. 218.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

AVRITZER, Leonardo. *Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In:* AVRITZER, Leonardo; BIGNOTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez e STARLING, Heloísa (Org) *Dimensões políticas da justiça.* 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GRAU, Eros Roberto. http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf. Acesso em 10/06/2013, às 10h20

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto proferido na reclamação 4335-5. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acesso em 10/06/2013, às 10h20

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: mutação constitucional e

limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acesso em 11/06/2013, às 10h05.

A PRECLUSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PARA O EXAME DE MÉRITO DA AÇÃO

André Ribeiro Leite*

RESUMO: O objeto de estudo investigado é a incidência do instituto da preclusão sobre o juízo de admissibilidade para o exame de mérito da ação. Intenta relativizar a leitura da regra instituída pelo art. 267, §3º, do Código de Processo Civil, que a princípio permite a reanálise das condições da ação e pressupostos processuais a qualquer tempo e grau de jurisdição. Aborda a evolução do direito processual civil no Brasil até o advento do período instrumentalista, em que se reconheceu ser o processo instrumento para a concretização do direito material violado ou sob a ameaça de violação. Revela o necessário vínculo entre o direito material e o direito processual, embora não constate relação de dependência. Reconhece que as condições da ação também possuem a natureza de pressupostos processuais. Admite a pertinência da teoria da asserção, que deve ser aplicada de forma mitigada, face a existência de fase saneadora do processo e regime de preclusões. Conclui pela incidência do instituto da preclusão quanto aos requisitos de admissibilidade para o exame de mérito da ação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil. Requisitos de admissibilidade da ação. Preclusão.

INTRODUÇÃO

O art. 267, § 3.º, do Código de Processo Civil, enuncia a regra de que "o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

* Mestre em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) pela Universidade do Minho – Portugal, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e Procurador do Município de Nossa Senhora do Socorro/SE.

Leitura inicial do dispositivo, em especial de sua primeira parte, aparenta indicar que, enquanto não prolatada decisão final que julgue o mérito, sempre seria possível ao órgão jurisdicional decidir sobre a regularidade dos pressupostos processuais e condições da ação (CPC; art. 267, IV e VI), mesmo que acerca deles já houvesse prévia e positivamente se manifestado, para então extinguir o processo sem resolução do mérito. Não haveria, assim, preclusão para a análise dos requisitos de admissibilidade da ação, circunstância que, ao menos a princípio, importaria exceção à regra enunciada pelo art. 473, segundo a qual "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Não obstante a aparente liberdade para reanálise dos requisitos de admissibilidade para o exame de mérito, o Código de Processo Civil aparenta indicar o momento para que o órgão jurisdicional aprecie as condições da ação e os pressupostos processuais. Seria, pois, a fase de saneamento do processo, a partir de quando decidirá se o feito encontra-se pronto para instrução ou apto a julgamento imediato, o conhecido julgamento conforme o estado do processo. Caso, porém, constate a ausência das condições da ação e pressupostos processuais, poderá decidir pela imediata extinção do processo sem resolução do mérito, conforme assim dispõe o art. 329, cujo enunciado firma que, "ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo".

Em postura oposta, ao decidir por instruir o feito, o órgão jurisdicional proferirá decisão doutrinariamente conhecida como despacho saneador[1], que, consoante leciona Moreira,

> (...) tem lugar justamente nas hipóteses restantes, ou seja, naquelas em que, descabida a audiência de conciliação, o órgão judicial chega à convicção de que é necessário o prosseguimento do feito – porque ainda não pode ser julgado o mérito -, e além disso é útil fazê-lo prosseguir – porque tudo indica que o mérito poderá ser julgado. Configura-se, pois, o despacho saneador como o ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar a causa para a decisão de mérito. (MOREIRA, 1998, p. 52).

E, complementa Didier Jr. acerca do momento em que deve ser proferido o despacho saneador,

> Se não for caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nem de extinção do processo com julgamento do mérito (prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado da lide), e não sendo hipótese de audiência preliminar, deverá o magistrado proferir uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória. (a, 2010, p. 539).

O despacho saneador, todavia, conforme as lições doutrinárias acima transcritas evidenciam, não possui a natureza de mero despacho ordinatório sugerida por sua nomenclatura, mas sim de verdadeira decisão interlocutória. Afinal, também leciona Moreira,

> Contêm-se no despacho saneador:
>
> a) um juízo positivo de admissibilidade relativamente à ação, no sentido de que o órgão judicial, quer examinando preliminares arguidas pelo réu, quer conhecendo *ex officio* da matéria – o que só não lhe é lícito fazer quanto à existência de compromisso arbitral (art. 301, §4º, não alterado pela Lei nº 9.307) -, admite a concorrência das condições que tornam legítimo o respectivo exercício;
>
> b) um juízo positivo de validade do processo, quer por haver-se ele constituído e desenvolvido sem vícios, quer por terem sido oportunamente sanados (art. 327, 2ª parte; cf. *supra*, §5º, nº II, #) os que existiam, quer ainda porque os porventura existentes sejam irrelevantes à luz das regras insculpidas nos arts. 243 e segs.
>
> Disso se infere que, a despeito do nome, o despacho saneador não é mero despacho (art. 162, §3º), mas verdadeira decisão interlocutória, em que

> o juiz resolve questões incidentes (art. 162, §2º). (MOREIRA, 1998, p. 53).

Como se constata, o despacho saneador revela cognição acerca da regularidade dos pressupostos processuais e condições de ação, o que possibilita o regular prosseguimento do feito, que será instruído e, ao final da colheita de provas, julgado. O despacho saneador, seja implícita ou explicitamente, finda por sinalizar a existência dos requisitos de admissibilidade para o exame de mérito. Daí porque, como decisão interlocutória que é, não seria por demais concluir que o saneador, se não contestado via recurso, faz incidir os efeitos da preclusão sobre os requisitos de admissibilidade da ação conforme, aliás, deste modo orienta o Enunciado de Súmula nº 424, do Supremo Tribunal Federal, cujo verbete afirma que "transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença". Afinal, complementa Ferreira Filho ao proferir análise sobre sua redação, "criticável é (...) o emprego da expressão "transita em julgado", eis que tal ocorre apenas em relação às sentenças, sendo que as decisões interlocutórias irrecorridas precluem e não transitam em julgado" (FERREIRA FILHO, 1991, p. 95).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, ao adotar a interpretação sugerida no início desse tópico para o art. 267, §3º, do Código de Processo Civil, já prolatou julgamento no sentido de que o Enunciado nº 424 não se aplica às matérias que devam ser conhecidas de ofício, como assim são as condições da ação, conforme se verifica da leitura da ementa de seu acórdão:

> PROCESSO CIVIL. REQUISITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. ENUNCIADO N. 424 DA SÚMULA/STF. EXEGESE. PRECEDENTES.
> RECURSO PROVIDO.
> I - Tratando-se de matéria indisponível, não há preclusão para o tribunal de segundo grau, mesmo havendo decisão anterior de primeiro grau irrecorrida e ainda que a parte não tenha suscitado a questão.
> II - Inaplicável o Enunciado nº 424 da Súmula/STF

> à matéria que deve ser apreciada de ofício.
> (REsp 343.750/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2002, DJ 10/02/2003, p. 215)

Essa incongruência de posicionamentos dos Tribunais Superiores, salienta-se, possui raízes históricas. De acordo com lição do multicitado Moreira,

> O despacho saneador previsto no art. 294 do Código de 1939 impunha ao juiz a obrigação de se pronunciar expressamente sobre as matérias arroladas em seus incisos, dentre elas as condições da ação e os pressupostos processuais.
> Por seu turno, o art. 851, IV, concedia agravo no auto do processo contra as decisões que considerassem saneado o processo.
> Tratava-se, pois, de decisão interlocutória recorrível.
> No despacho saneador, o juiz poderia assumir uma das três seguintes posições: extinguir o processo por ausência de condição da ação ou de pressuposto processual; afirmar, de ofício ou mediante requerimento, a existência de todas as condições das ações e de todos os pressupostos processuais; ou, enfim, omitir-se sobre estas matérias.
> (...).
> Para alguns as matérias decididas, explícita ou implicitamente, no despacho saneador, se não interposto o agravo no auto do processo, ficavam preclusas para a superior instância e, mesmo com a interposição do recurso, a decisão não mais podia ser revista pelo próprio juiz que a proferiu.
> Outros afastavam totalmente a preclusão, no que concerne às condições da ação e aos pressupostos processuais, sob o argumento de que "se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de forma processual imperativa".

> A jurisprudência, depois de muita oscilação, consolidou o entendimento de que somente ocorreria preclusão no caso da decisão expressa, não aceitando, pois, a possibilidade de decisão implícita decorrente da omissão do juiz.
> É o que se verifica da Súmula 424 do Supremo Tribunal Federal (...).(FERREIRA FILHO, 1991, p. 94-95).

Todavia, adverte o autor em suas lições,

> Todo o pensamento, quer na doutrina quer na jurisprudência, construído à luz do código de 1939 não pode ser simplesmente transportado para o código atual.
> (...)
> Ao contrário do que sucedia na disciplina do código revogado, o juiz não está mais obrigado a decidir sobre as condições da ação e os pressupostos processuais em um determinado momento procedimental, eis que o art. 267, § 3º autoriza o juiz a "conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V, e VI". Trata-se dos pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", da perempção, da litispendência, da coisa julgada e das condições da ação.
> O limite fixado pela norma não é, como poderia parecer à primeira visita, a decisão de mérito de primeiro grau, ficando o tribunal impedido do conhecimento oficioso. Ao contrário, "assim o juiz como o tribunal poderão apreciar a matéria dos três incisos, se a encontrarem demonstrada nos autos, mesmo que as partes não a hajam suscutado".
> Apesar da regra constante do art. 267, § 3º, o código prevê um momento ideal para que a matéria em consideração seja decidida.
> Realmente, ao dispor sobre o julgamento conforme o estado do processo, o art. 329 estabelece que

> "ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, nºs II a V, o juiz declarará extinto o processo".
> Logo, neste momento deve o juiz averiguar a existência, ou não, das condições das ações e dos pressupostos processuais matérias arroladas no art. 267, IV, V e VI.
> (...)
> Podemos resumir o sistema do código da seguinte forma: convém que o juiz aprecie a matéria atinente às condições da ação e aos pressupostos processuais na fase do julgamento conforme o estado do processo. Não o fazendo, contudo, a matéria não ficará preclusa, por força do disposto no art. 267, § 3º. (Ferreira Filho, 1991, p. 95-97).

Indaga-se, enfim: há preclusão para a análise do juízo de admissibilidade para o exame de mérito da ação?

Eis, pois, o problema a ser enfrentado pelo presente artigo, que detém atual relevância social e científica, posto que a questão ainda motiva divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Afinal, caso se conclua pela ocorrência do instituto da preclusão sobre a decisão que afirme a regularidade dos requisitos de admissibilidade da ação, o órgão jurisdicional dificilmente poderá prolatar subsequente decisão terminativa do feito sem resolução do mérito com fundamento na ausência de condição da ação ou pressuposto processual. Isso porque, conforme será demonstrado, sob tal ótica terá vez julgamento de mérito, com a formação de coisa julgada material.

DESENVOLVIMENTO

1. AS TRÊS FASES DO DIREITO PROCESSUAL

Investigação acerca da ocorrência do fenômeno da preclusão para a análise do juízo de admissibilidade para o exame de mérito da ação imprescinde de breve abordagem sobre a evolução das funções atribuídas ao direito processual brasileiro ao longo da história, mormente do impacto

que determinada compreensão sobre a natureza do processo faz incidir na interpretação de seus institutos.

Sob esse parâmetro, recorda-se que o art. 75, do Código Civil de 1916, diploma legislativo que vigorou até o ano de 2002, estabelecia que "a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura". Tal comando, que em primeira leitura revelava garantia de tutela jurisdicional ao direito ameaçado, também representava a positivação de problema que afetou a ciência do direito processual por longa data. Isso porque sugeria a vinculação da ação a um respectivo direito material, em relação de total dependência. Inexistente o direito, por conseguinte, não haveria que se falar em ação. Tratava-se, em verdade, de herança tardia do direito romano, pois, consoante leciona Didier Jr., nele se entendia a

> (...) "Ação" como direito material em movimento/exercício. No processo romano não havia distinção nítida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida. Ação, neste contexto, era o próprio direito material violado, cujo exercício se dava perante os tribunais da época. Esta vinculação do direito de ação ao direito material ainda é bastante visível nas leis civis, que vez por outra falam que alguém "tem ação contra" outrem. Fala-se, por exemplo, em "ação regressiva", como sinônimo de direito de reembolso. (a, 2010, p. 193).

Cuida-se de momento do direito processual denominado de fase sincrética, em que inexistia autonomia em relação ao direito material. Não obstante, se o art. 75, do Código Civil de 1916, ainda estivesse em vigor, seria possível afirmar sem grande margem de erro que leitura de seu dispositivo efetuada pela quase totalidade dos hermeneutas modernos, ainda que simplesmente se adotasse o método de interpretação gramatical, dificilmente chegaria a essa conclusão. Isso porque, alerta-se, a simples afirmação desse comando no sentido de que a todo o direito corresponde uma ação que o assegura não mais seria suficiente, por si só, para excluir a natureza de ação da conduta de deduzir pretensão em juízo, mesmo que desprovida de fundamento. Afinal, é indubitável a existência de ações carecedoras de direito a ser tutelado. Trata-se de realidade imposta pelo cotidiano forense, em que o julgamento de improcedência de

algumas ações submetidas ao crivo do Poder Judiciário não é suficiente para lhes negar a existência enquanto instituto, pois a decisão final de improcedência não deixa de representar tutela jurisdicional para quem foi parte do processo como réu. Para esse, complementa-se, a formação de coisa julgada representa a garantia de que dada matéria não mais será objeto de questionamento, constituindo impedimento contra o posterior exercício de eventual demanda com idêntico objeto e partes. É o que já sintetizava Chiovenda, para quem

> (...) a ação assim entendida corresponde também ao demandado, desde o momento em que seja proposta contra ele uma demanda infundada. Esse direito se nos manifesta nas novas normas processuais que concedem ao demandado converter-se em parte diligente, inscrever a causa no registro, reassumir a causa e, sobretudo, não aceitar a renúncia aos atos (Código de Procedimento Civil italiano, art. 345). Aqui não há no demandado mais do que um interesse à declaração negativa de certeza da relação jurídica afirmada pelo autor. (CHIOVENDA, 2003, p. 22).

Observa-se, assim, que a existência autônoma do direito de ação e, consequentemente, do processo, é realidade inconteste, que macula mortalmente a tese sincretista.

A despeito da obviedade dessas considerações, fez-se necessária a adequação da ciência processual, de forma a explicar o porquê da indicada ocorrência do julgamento de improcedência que acometia certas ações, fenômeno que no ordenamento jurídico brasileiro, conforme visto, durante longa data encontrou resistência de comandos legais, a exemplo do referido art. 75, do Código Civil de 1916.

Foi então que emergiu nova fase do direito processual, denominada de autonomista, em que, como a própria nomenclatura sugere, defendeu-se a autonomia do direito de ação e, por conseguinte, do direito processual face o direito material. Como mais uma vez elucida Didier Jr., pela concepção autonomista buscou-se defender a

> "Ação" como direito autônomo em relação ao direito material. Ação, neste sentido, seria o direito

> de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual. Trata-se da "pretensão à tutela jurídica", que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça. Os autonomistas dividiam-se entre os *"abstrativistas"*, que consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado da causa (existência ou não do direito material), e os *"concretistas"*, para quem, embora autônomo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A concepção *abstrativista* prevaleceu, embora com o "tempero" que lhe foi ministrado pela concepção eclética de Enrico Tulio Liebman (...). (a, 2010, p. 193-194).

No Brasil, conforme o citado autor expôs, Enrico Tulio Liebman foi o grande expoente do direito processual autonomista, influenciando sobremaneira os fundamentos teóricos do atual Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73), resultado de anteprojeto de autoria do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, ex-aluno e discípulo do mestre italiano.

Em seu discurso, Liebman distinguiu a autonomia do direito processual face o direito material ao discriminar o que se deveria compreender por direito de ação, assim como direito à tutela jurisdicional. Segundo explanou,

> (...) só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o reconhecimento deste em juízo consiste em permitir que todos tragam suas demandas aos tribunais, incumbindo a estes a tarefa de examiná-las e afinal acolhê-las ou rejeitá-las, conforme sejam procedentes ou improcedentes. (LIEBMAN, 2005, p. 195).

E, ao complementar a ideia supra, discorreu que

> A ação, como direito ao processo e ao julgamento do mérito, não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção

> que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu. Só com o exercício da ação se saberá se o autor tem ou não razão: só correndo o risco de perder poderá ele procurar vitória. (LIEBMAN, 2005, p. 200).

Na busca de firmar a autonomia do direito processual face o direito material, Liebman desenvolveu pressupostos científicos próprios, que terminaram por ser positivados pelo Código de Processo Civil ainda em vigor. Tratam-se das condições da ação, que segundo explicitou,

> (...) são o interesse de agir e a legitimação. Como ficou dito, elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, ou seja, como condições essenciais à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo. Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa. A ausência de apenas uma delas já induz carência de ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo. Por outro lado, é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida. A ocorrência das condições da ação tem importância notadamente no processo de conhecimento (no qual elas são condições de um julgamento de mérito) (...). (LIEBMAN, 2005, p. 203-204).

Não sendo objeto do presente estudo perquirir a completa acepção do direito de ação, tema que demandaria pesquisa própria, importa salientar que a adoção do regime de condições da ação pelo diploma processual civil brasileiro - o que provavelmente decorreu da então imperiosa e mesmo obsessiva busca doutrinária pela autonomia do direito processual - findou por gerar problema em relação a sua própria finalidade. Isso porque, detendo as condições da ação, conforme assim expôs o autor, natureza de pressupostos processuais de admissibilidade da ação em si, decisão prolatada após o término da fase postulatória que lhes reconhecesse a ausência e extinguisse o processo sem julgamento do mérito por carência da ação geraria incongruência, pois o processo já fora regularmente instaurado. Afinal, quando decisão extintiva por carência da ação for prolatada após o saneamento do processo, não se pode deixar de considerar a ocorrência de retrocesso na regular marcha processual, pois terá lugar a reanálise de questão a princípio já decidida. Este, conforme exposto na introdução, é o problema que se propõe investigar.

Não bastasse, faz-se necessário observar que a fase autonomista que rege o direito processual civil foi paulatinamente substituída por terceira, classificada pela doutrina como instrumentalista. É o que expõe Didier Jr., ao fazer a seguinte síntese desses três períodos:

> (...) a evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) *praxismo* ou sincretismo, em que não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) *processualismo*, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) *instrumentalismo*, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (...).(a, 2010, p. 27-28).

A compreensão desse desdobramento histórico é imprescindível para o adequado enfrentamento da questão, pois lhe delimita os pressupostos

teóricos. Isso porque, na fase instrumentalista, reconhece-se que o direito processual, embora autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão de que é titular. É esta, alerta-se, a correta exegese que deve ser atribuída às normas processuais, harmônica com os ditames do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Não se refuta, enfim, o vínculo entre o direito processual e o direito material, embora não de dependência como outrora ocorreu na fase concretista. Conforme discorre Didier Jr. sobre o instrumentalismo,

> O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas em um processo. Essas situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de *direito material processualizado*.
>
> Se em todo processo há uma situação jurídica substancial afirmada ("direito matéria", na linguagem mais frequente), a relação entre eles é bastante íntima, como se deve supor. A separação que se faz entre "direito" e "processo", importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela.
>
> O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para o qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. (a, 2010, p. 22).

Daí porque, conclui o multicitado autor,

> Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso. (a, 2010, p. 23).

O processo, em suma, não pode ser um fim em si mesmo, acepção que, desde logo, irremediavelmente influencia institutos tradicionais, como a preclusão.

2. A NATUREZA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Conforme exposto no tópico anterior, o Código de Processo Civil brasileiro adotou os preceitos defendidos por Liebman durante o período autonomista do direito processual, para assim exigir o cumprimento de certas condições por quem deduzisse pretensão em Juízo, sob pena de o poder jurisdicional não apresentar resolução para a questão que lhe foi submetida. É o que se afere mediante leitura de seu art. 267, VI, segundo o qual "extingue-se o processo, sem resolução do mérito (...) quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual"[2].

Por sua vez, o Capítulo II, do Título I, do Livro I, do Código, sob a rubrica "da ação", destina quatro dispositivos para tratar sobre as condições referidas pelo citado inciso VI, do art. 267, à exceção da possibilidade jurídica do pedido; condição esta, aliás, retirada pelo próprio Liebman do rol enunciado em seus estudos por ocasião da eliminação do único exemplo que lhe respaldava no ordenamento jurídico brasileiro, que era a impossibilidade de dissolução do vínculo matrimonial.

Sob tal ótica, o diploma processual cuida em específico do interesse e legitimidade para agir, traçando-lhes extensão, o que faz em seus arts.

3.º a 6.º. Para tanto, explicita que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica, assim como da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4.º, Ie II). Já acerca da legitimidade, aborda-a indiretamente, ao firmar que "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Da leitura desses dispositivos, desde logo se percebe existir certa correlação entre as condições da ação e o direito material, não obstante hajam sido teorizadas por Liebman como institutos assertivos da independência do direito processual face o direito material, conforme já abordado no tópico 1. Essa correlação, todavia, será especificamente investigada no tópico seguinte, pois nesse momento faz-se necessária aferir a natureza das condições da ação, aspecto que trará implicações para a conclusão do presente estudo.

Nesse contexto, resposta para a indagação da natureza das condições de ação, apesar de precipuamente sugerir certa complexidade, logo pode ser encontrada no primeiro artigo do código destinado ao tema da ação, que dada a sua importância, transcreve-se:

> Art. 3.º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Como a redação do dispositivo legal sugere, em razão de o interesse e a legitimidade serem indispensáveis para a propositura da ação (CPC; art. 3.º c/c art. 267, VI), outra não pode ser conclusão senão a de que as condições da ação lhe representam requisitos. Encontram, pois, similitude com outro instituto do direito processual, que são os pressupostos processuais. Parte da doutrina, no entanto, diverge a respeito da definição usualmente atribuída aos pressupostos, a exemplo de Didier Jr., para quem

> Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede o ato e se coloca como elemento indispensável à sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade (...)" (b, 2010, p. 105-106).

A conceituação estabelecida pelo citado autor baseia-se na circunstância de o processo, além de representar relação processual entre ao menos um sujeito e o Estado – sendo tripartite quando há sujeito demandado -, se analisado estritamente - e talvez na acepção mais ordinária no meio social -, também ser definido como um conjunto de atos sucessivos produzidos em Juízo até o advento de uma decisão final. É, pois, procedimento dotado de natureza jurisdicional e, conforme explana Didier Jr., como todo procedimento, igualmente

> (...) é um ato-complexo. Trata-se de ato jurídico cujo suporte fático é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim. Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo. (b, 2010, p. 17-18).

Sintetiza, assim, que "pressuposto processual é nomenclatura que deve ser utilizada para designar os pressupostos de existência do procedimento. Requisitos processuais é o termo que deve designar os chamados "pressupostos processuais" de validade" (b, 2010, p. 355).

Sob tais parâmetros, mesmo sem assumir a conclusão supra como verdade absoluta, não se pode deixar de considerar que, por força do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, a ausência de pressuposto processual acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, assim como se dá em relação à carência da ação por ausência de qualquer uma de suas condições (CPC; art. 267, VI). Não há, enfim, diferença substancial entre os pressupostos processuais e as condições da ação enunciados pelo Código de Processo Civil brasileiro, pois ambos são imprescindíveis para o exercício do direito de ação e, consequentemente, para a regular formação do processo. Recorda-se, aliás, que o próprio Liebman classificou as

condições da ação como requisitos de existência, enquanto Didier Jr. lhes atribui natureza semelhante, muito embora sob a roupagem de requisitos de validade. O que importa registrar é a similitude de consequências que a falta de ambos os institutos acarreta, o que motiva a crítica formulada por esse autor contemporâneo quanto à falta de um ou outro, que devido a sua pertinência, ora se transcreve:

> É criticável a opção do legislador brasileiro de considerar a condição da ação uma terceira espécie de questão, distinta do mérito ou de um "pressuposto processual". A condição da ação ou diz respeito ao mérito da causa (possibilidade jurídica do pedido) ou é "pressuposto processual" (interesse de agir e legitimação *ad causam* extraordinária). A falta de condições da ação revela, em muitos casos, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o julgamento antecipado do mérito sem a citação do réu. (b, 2010, p. 357).

Há no processo, como se observa, apenas duas possíveis decisões finais, em que uma julga o mérito da pretensão deduzida em juízo e a outra deixa de fazê-lo por ausência de pressuposto de processual, aí inseridas as condições da ação.

Não é por demais concluir, portanto, que as condições da ação possuem a natureza de pressupostos processuais e, por conseguinte, representam requisitos de admissibilidade da demanda, posto que seu exame necessariamente será precedente ao julgamento de mérito da pretensão[3]-[4].

3. O REGIME DE TRATAMENTO SOBRE OS VÍCIOS DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Conforme exposto no tópico anterior, as condições da ação possuem a natureza de pressupostos processuais, sendo, via de consequência, requisitos de admissibilidade da ação. Deste modo, quando o órgão investido de poderes jurisdicionais analisar as condições da ação, em verdade estará por decidir acerca da presença de pressupostos processuais

de existência ou validade, classificação determinada caso se adote, respectivamente, a tese originária de Liebman ou a que se fez mencionada por Didier Jr.

Não sendo o intuito deste trabalho investigar se as condições da ação representam pressupostos processuais de existência ou validade, mas apenas verificar se ocorre a preclusão para a reanálise da decisão que lhes declarou a presença, convém acentuar que o sistema processual civil brasileiro firma conduta semelhante a ser exercida pelo órgão jurisdicional quando verificar algum vício em ambas as circunstâncias.

3.1 DO TRATAMENTO DOS VÍCIOS INCIDENTES SOBRE AS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUANDO COMPREENDIDAS COMO REQUISITOS DE VALIDADE DO PROCESSO

Caso se adote a tese defendida de que as condições da ação possuem a natureza de requisitos de validade do processo, consoante alerta um de seus defensores, Didier Jr., não se pode desconsiderar que "(...) o estudo da validade do processo é o estudo da validade do procedimento" (b, 2010, P. 19). Afinal, conforme exposto no tópico 2, sendo o processo um ato-complexo composto por um conjunto de atos sucessivos produzidos em Juízo até o advento de uma decisão final, deve-se atentar que, consoante continua a lecionar o citado autor ao transcrever lição de PASSOS, "(...) o que ocorre no procedimento não é uma pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos casualmente coligados com vistas a um efeito conclusivo" (b. PASSOS, 2010, p. 19).

E possui razão, vez que, atente-se, todos os atos integrantes do procedimento também estão sujeitos aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Daí porque, alerta-se, a invalidade de um dos atos integrante do ato-complexo processo não acarreta a invalidade deste, mesmo que lhe impeça de atingir sua finalidade maior, que é o julgamento da pretensão deduzida em Juízo. Afinal, assim como se discorreu no tópico 2, deste artigo, o julgamento de improcedência da ação – com ou sem resolução do mérito - não significa a declaração de inexistência da mesma e, por conseguinte, do processo em si. É o que elucida o multicitado Didier Jr., para quem

> O processo, do ponto de vista interno, é uma relação jurídica, e do ponto de vista externo, é

um procedimento. Como em qualquer relação jurídica, também se impõe, aqui, a coexistência de elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (fato jurídico e objeto).

Os sujeitos principais da relação jurídica processual são as partes (autor e réu) e o Estado-juiz. Para que a relação jurídica processual exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de jurisdição completa o elemento subjetivo do processo. A relação jurídica processual existe sem réu; para ele, porém, só terá eficácia, somente poderá produzir alguma consequência jurídica, se for validamente citado (art. 219 c/c o art. 263 do CPC – 73).

Os elementos objetivos de uma relação jurídica são o fato e o objeto. O fato jurídico que instaura a relação jurídica processual é o ato inaugural (ato postulatório que introduz o objeto litigioso do processo) de alguém com personalidade judiciária perante órgão investido de jurisdição, conforme o art. 263 do CPC. O objeto litigioso do processo é a prestação jurisdicional solicitada por esse ato, normalmente designado de demanda. Preenchidos esses elementos, a relação jurídica processual existe.

É possível que, embora exista relação jurídica processual, a um determinado ato processual falte um pressuposto de existência jurídica, como ocorre com a sentença proferida por não-juiz ou que não possua decisão. Nesses casos, a relação jurídica processual existe, mas o ato (sentença) é que não preencheu os elementos mínimos do seu suporte fático, o que impede a sua existência jurídica. Pode-se falar, portanto, em pressupostos de existência de cada um dos atos jurídicos processuais que compõem o procedimento, independentemente da existência da relação jurídica processual.

Existente o processo (relação jurídica processual), é possível discutir sobre a admissibilidade (validade) de todo o procedimento (ato jurídico complexo) ou, especificadamente, de cada um dos atos

> jurídicos que nele são praticados. Não se pode discutir a validade relação jurídica processual: relação jurídica é efeito de fato jurídico, ou existe ou não existe; apenas os atos jurídicos podem ser inválidos, conforme já se disse – pode-se, no entanto, questionar a validade do procedimento, aspecto extrínseco do processo, que é um ato jurídico complexo de formação sucessiva.
>
> Surgem, então, os requisitos de validade do processo. Como todo ato jurídico, o procedimento também tem seus requisitos de validade: a forma do ato deve ser respeitada, bem como os sujeitos (juiz e partes) hão de ser capazes. O desatendimento dos requisitos da validade de um ato jurídico processual isolado não inviabiliza, a princípio, todo o procedimento; pode dar azo apenas à decretação de nulidade do ato jurídico processual defeituoso. Na verdade, quando se diz "processo inválido", está-se diante de uma consequência (invalidade) que decorre de um defeito no fato jurídico que deu causa à relação jurídica processual (demanda inicial) ou de um fato superveniente que diga respeito aos elementos daquele originário e que impeça o prosseguimento do processo para a solução do objeto litigioso. (b, 2010, p. 106-107).

Tal lição é fundamental, pois em razão de se considerar as condições da ação como requisitos de validade do processo, o regime de tratamento de nulidades a que se submetem, por obviedade, é o mesmo estabelecido pelo Código de Processo Civil para os atos em geral. E desse diploma normativo emergem dispositivos que intentam corroborar o escopo instrumentalista do processo, a exemplo do art. 250 e seu parágrafo único, que seguem transcritos:

> Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que

> forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.
> Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

O comando supra alberga verdadeiro princípio de índole instrumentalista, pois reconhece que o direito processual, embora autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão. Daí porque, conclui-se, a declaração de nulidade é exceção, sendo o aproveitamento dos atos processuais a regra. E, acrescenta-se, ainda que não seja possível aproveitar-se o ato nulo em razão de sua manutenção gerar prejuízo, ainda assim o juiz deverá ordenar que o ato seja repetido ou retificado antes de lhe mitigar os efeitos em definitivo. É o que determina o art. 249, do Código de Processo Civil, que dada a sua importância, igualmente segue transcrito:

> Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
> § 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.
> § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Nesse contexto, ao se considerar que as condições da ação representam requisitos de validade do processo, antes de extingui-lo sem resolução do mérito, o órgão jurisdicional deve determinar o suprimento do pertinente vício pela parte que lhe possui o ônus, conforme, aliás, a contemporânea ótica do instituto da preclusão, a ser delineada no tópico 5[5]. Daí a conclusão de Didier Jr, no sentido de que "a decretação da inadmissibilidade do procedimento é sanção que somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito – situação que deve ser encarada sempre como excepcional e malfazeja" (b, 2010, p. 29).

3.2 DO TRATAMENTO DOS VÍCIOS INCIDENTES SOBRE AS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUANDO COMPREENDIDAS COMO REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO

Conduta semelhante à exposta no tópico anterior também tem vez caso se considere que as condições da ação, tal como defendia Liebmam, possuem a natureza de requisito de existência do processo, e não validade. Isso porque o art. 284, do Código de Processo Civil, ao tratar dos requisitos da petição inicial, peça processual que materializa a demanda - o primeiro ato de exercício do direito de ação e, por conseguinte, de instauração do processo – estabelece que, "verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias".

Adiante, o art. 327, do Código de Processo Civil, firma em sua segunda parte que, "(...) verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias". Consoante explicitam MARINONI e MITIDIERO, o dispositivo se reporta ao saneamento do processo, que

> (...) pode ocorrer de maneira escrita ou oralmente, em audiência preliminar (art. 331, CPC). Pode o juiz escolher entre uma e outra forma de organizar o processo. O ideal, em um processo pautado pela colaboração, é que a sua organização se dê em audiência preliminar. A segunda parte do art. 327, CPC, prevê a possibilidade de saneamento por escrito. Verificando o juiz a existência de irregularidades e vícios na consecução dos atos processuais, deve dialogar com as partes e determinar a sanção dos defeitos apontados, fixando para tanto prazo nunca superior a 30 (trinta) dias. Não atendida a determinação, pode ser o caso de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, IV, V, VI e VII, CPC), julgando-se o processo no estado em que se encontrar (art. 329, CPC), ou de decretação de nulidade de

> determinado ato processual, ordenando o juiz nova realização do ato nulo.(...). (MITIDIERO e MARINONI, 2011, p. 329-330).

Em síntese, mesmo que as condições da ação sejam consideradas como requisitos de existência do processo, antes de extingui-lo sem resolução do mérito, o órgão jurisdicional deverá determinar medidas para sanear o vício, de forma a evitar caracterizar o processo como procedimento inócuo, um fim em si mesmo. De acordo com Fidélis, "a atividade saneadora do juiz é constante no processo" (FIDÉLIS, 1998, p. 403). Aqui há também, enfim, o reconhecimento de que o direito processual, a despeito de autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão.

4. DO INSTRUMENTALISMO ENQUANTO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO A SER CONCEDIDO AOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

Consoante exposto no tópico 1, deste artigo, a partir da fase instrumentalista reconheceu-se que o direito processual, embora autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão de que é titular. Trata-se, pois, da correta exegese que deve ser atribuída às normas processuais, o que decorre da posição de supremacia hierárquica ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico; advinda, por sua vez, dentre outros fundamentos, da existência de um sistema de controle normativo de constitucionalidade das leis. Isso porque, alerta-se, a força normativa que a Constituição possui não apenas serve para justificar a busca pelo aproveitamento dos atos processuais eivados de nulidade, como também para corroborar a correlação entre o direito processual e o direito material, algo intrínseco ao escopo instrumentalista do processo, sem que tal circunstância signifique retorno à relação de total dependência que marcou o período sincretista. Tal compreensão é fundamental para se aferir qual o momento em que as condições da ação devem ser analisadas enquanto requisitos de admissibilidade para a resolução do mérito da demanda, ou seja, qual a interpretação que deve ser conferida ao art. 267, §3.º, do Código de Processo Civil.

Para tanto, faz-se necessário reconhecer que a aludida supremacia da Constituição dificilmente poderá ser dissociada de método de interpretação que não lhe atribua a maior eficácia possível. Entendimento contrário implicaria a inevitável mitigação de sua força enquanto documento normativo fundamental, pois, conforme elucida Canotilho ao abordar a questão, "uma norma adquire verdadeira normatividade quando com a "medida de ordenação" nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir (...)" (CANOTILHO, 2007, p. 1221). E diferente não sucede com a Constituição, cuja natureza normativa é inquestionável. Deste modo, não se percebe adequado possibilitar ao intérprete o livre-arbítrio para materializar o comando constitucional à revelia dos fundamentos e objetivos apresentados pela própria Constituição, sob pena de incidência em vício de inconstitucionalidade[6]. Parece correta, portanto, a teoria da concretização desenvolvida por HESSE, que ao defender a força normativa intrínseca à Constituição[7], leciona que

> A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.
> (...) A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22-25).

A teoria da concretização, aliás, diretamente se vincula ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; e de outro modo não poderia ser, pois, tal como discorre Barroso "(...) nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida" (BARROSO, 2001, p. 244). Daí porque, complemente o autor,

> (...) toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade. Todos os juízes e tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto, a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito. A rigor técnico é o que já vem expresso no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". (BARROSO, 2001, p. 266).

Essa busca pela máxima efetividade e, consequentemente, concretização das normas constitucionais, também resultou no aumento do relevo do papel da jurisprudência nessa seara, em especial aquela resultante da atividade do Supremo Tribunal Federal via julgamento de mandados de injunção, além de exegese pelo método da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade por omissão e, por fim, o trato de conceitos jurídicos abertos e indeterminados[8]. Cuida-se, pois do fenômeno identificado pela doutrina brasileira como ativismo judicial[9], o qual, porém, ainda sofre algum questionamento por parte de integrantes do citado Tribunal brasileiro, que a despeito de o reconhecerem necessário, pregam moderação[10].

Dentre os princípios albergados pela Constituição e que, por consequência, submetem-se ao método interpretativo da máxima efetividade, sobressai a tutela jurisdicional efetiva, a qual é extraída de uma pluralidade de comandos inseridos no rol de direitos fundamentais instituído pelo art. 5.º, da Constituição, a exemplo de seus incisos XXXV, XXXVI, LIV, LV e LXXVIII, segundo os quais, respectivamente, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; não haverá juízo ou tribunal de exceção; ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o

contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, que por força da máxima efetividade das normas constitucionais, condiciona a concretização não somente da Constituição, mas também dos direitos em geral lesionados ou ameaçados de lesão, obriga o Poder Judiciário a garantir um processo instrumental, suficiente o bastante para realizar as normas de direito material. Essa é a interpretação que deve ser conferida ao tratamento das condições da ação, além de outros institutos como a preclusão, cujo sentido já fora referido no tópico 2.

5. DA MODERNA ACEPÇÃO SOBRE O INSTITUTO DA PRECLUSÃO E SUA INCIDÊNCIA SOBRE OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PARA EXAME DE MÉRITO DA AÇÃO

Conforme exposto em linhas anteriores, o art. 267, § 3.º, do Código de Processo Civil, enuncia a regra de que "o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

Leitura inicial do dispositivo, advertiu-se, aparenta indicar que antes de proferida sentença de mérito, seria possível ao órgão jurisdicional conhecer dos pressupostos processuais e condições da ação (CPC; art. 267, IV e VI), mesmo que acerca deles já houvesse previamente se manifestado, para então extinguir o processo sem resolução do mérito. Não haveria, assim, a incidência do instituto da preclusão quanto à análise dos requisitos de admissibilidade para o exame do mérito da ação. É, aliás, a atual compreensão do problema, consoante leciona Didier Jr., segundo o qual

> Prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo (principalmente o denominado "despacho saneador", pelo qual o magistrado declara a

> regularidade do processo) não se submete à preclusão *pro iudicato*: enquanto pendente a relação jurídica processual, será sempre possível o controle *ex officio* dos requisitos de admissibilidade, inclusive com o reexame daqueles que já houverem sido objeto de decisão judicial. O fundamento legal dessa concepção é o § 3º, do art. 267, já examinado, que expressamente teria deixado as decisões sobre os requisitos de admissibilidade do processo imunes à preclusão. Afirma-se que o Enunciado 424 da súmula da jurisprudência do STF, embora ainda em vigor, não se aplica a esse tipo de questão. Fala-se que não se pode cogitar de preclusão para as matérias que podem dar ensejo à ação rescisória. (b, 2010, p. 84-86).

A indicada tese majoritária, acrescenta-se, pode ser exemplificada através do posicionamento de autores como Marinoni e Mitidiero, que ao abordarem a questão, afirmam que "a decisão a respeito das questões processuais pendentes de ordem pública na audiência preliminar (art. 267, §3º, CPC) não faz precluir, para o juiz, a possibilidade de examiná-las posteriormente" (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 333). Harmoniza-se, aliás, com o já mencionado precedente lavrado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n.º 343.750/MG, no sentido da inaplicabilidade do referido Enunciado nº 424, do Supremo Tribunal Federal, cujo texto, repete-se, dispõe que "transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença".

Todavia, os citados Marinoni e Mitidiero, ao examinarem o comando do §3.º, do art. 267, do Código de Processo Civil, aparentam incidir em contradição, pois se revelam adeptos da teoria da asserção, segundo a qual, reitera-se para fins didáticos, os requisitos de admissibilidade da ação devem ser aferidos quando de sua propositura, o que se dará pela simples análise da petição inicial. Afinal, sob a ótica dessa teoria, tudo mais seria questão de mérito, já que a decisão final não mais se fundamentaria sobre o que fora alegado pelo demandante na exordial, mas naquilo que restou efetivamente provado no transcurso do processo, em um juízo de mérito quanto à procedência ou improcedência da pretensão deduzida em juízo. De acordo com esses autores,

> As condições da ação devem ser aferidas *in status assertionis*, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa, quando o autor carecer de interesse processual ou quando o pedido for juridicamente impossível, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, e parágrafo único, CPC), com extinção do processo sem resolução de mérito (267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte, da ausência de interesse do autor ou da impossibilidade jurídica do pedido, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC). No primeiro caso, não há que se pensar na formação de coisa julgada material. Não havendo sentença de mérito transitada em julgado, no sistema do Código, não há que se falar igualmente na possibilidade de ação rescisória (STJ, 1ª Seção, AR 381/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 27.09.1994, DJ 12.06.1995, p. 132). No segundo, há resolução de mérito e formação de coisa julgada, podendo ser eventualmente aviada, sendo oportuna, ação rescisória (STJ, 3ª Turma, REsp 21.544/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 19.05.1992, DJ 08.06.1992, p. 8.619) (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 262).

Sob os parâmetros supra, após o recebimento da inicial, a princípio não haveria a possibilidade de (re)apreciação dos requisitos de admissibilidade da demanda, pois tudo mais condiziria ao mérito. Tal conclusão, aliás, parece mais harmônica com a moderna acepção conferida ao instituto da preclusão pelo contemporâneo escopo instrumental do processo, em que todos os seus institutos devem possuir função concretizadora do direito material, circunstância que igualmente representa, por sua vez, a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente albergados, a exemplo da efetiva tutela jurisdicional (CF; art. 5.º, XXXV) e sua célere prestação (CF; art. 5.º, LXXVIII). O processo, portanto, deve buscar a

prestação de tutela jurisdicional efetiva, sem se desvencilhar da acepção de segurança que a regular e sequencial marcha dos atos processuais proporciona, o que decorre, dentre outros fatores, pela adoção de um regime de preclusões. Nesse sentido é a exposição de Nunes, para quem

> (...) os estudos tradicionais de direito processual trabalhavam e coloca a preclusão como um dos principais fatores de estruturação do procedimento em uma visão democrática.
> Desta forma, vislumbra-se que a preclusão é o instituto jurídico processual que visa a estruturar o procedimento de forma adequadamente célere, sem descurar do modelo constitucional processual assegurado, formado por situações jurídico-processuais-ato-fato jurídico-processuais – que se consolidam pelo esgotamento-trancamento-estabilização do tempo legal, decorrente da ação ou omissão em sua realização, produzindo efeitos processuais (preclusivos), conforme a lei que governa sua constituição. (NUNES, 2004, p. 189).

E, complementa o citado autor,

> Tendo havido 'questão' a respeito deles, decidida pelo juiz, há preclusão *pro judicato*, se não oferecido o recurso próprio – o agravo. A constituir-se diversamente estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omisso com a possibilidade de ter revista, em sua provocação, a decisão que lhe foi desfavorável. Se assim devesse ser, ter-se-ia, para não incidir em errônea técnica, de construir a irrecorribilidade das interlocutórias, facultando-se ao magistrado rever livremente suas decisões a respeito, bem como eliminada a fase do julgamento conforme o estado do processo. Julgamento sem preclusão é algo inadmissível, salvo abuso do legislador, só aceitável se não contornável hermeneuticamente.
> Como se verifica, a preclusão como fator de estruturação do procedimento permite sua

> adequação espaço-temporal e deve ser interpretada com base no princípio democrático, de forma a impedir recuos desnecessários, e partindo da visão co-construtiva e correponsável de todos os sujeitos processuais, sem privilégios e quebra do modelo constitucional de processo. (NUNES, 2004, p. 205).

A contemporânea compreensão do instituto da preclusão e sua função instrumental, condizente com o sistema democrático garantidor dos direitos fundamentais deve ser conjugada com a teoria da asserção. Ambos, porém, são abrangidas pela ressalva formulada por Didier Jr., no sentido de que

> A percepção de que o juízo de admissibilidade é o juízo de validade do procedimento é indispensável para a correta aplicação dessas regras processuais, que passam a ser encaradas a partir do sistema das invalidades processuais, construído para que invalidades não sejam decretadas". (b, 2010, P. 3).

A observação acima cuida do vigente regime de tratamento das nulidades, aplicável aos vícios incidentes sobre as condições da ação enquanto compreendidas como requisitos de existência do processo, conforme exposto no tópico 3.2. Ali, recorda-se, concluiu-se que a atividade saneadora do juiz no processo é constante, circunstância que necessariamente afasta qualquer indício de natureza absoluta à teoria da asserção, não desprovendo de sentido, deste modo, a regra albergada no art. 267, §3.º, do Código de Processo Civil. Esse comando legal, em verdade, deve ser interpretado de forma a possibilitar que o juiz se manifeste a qualquer tempo sobre os requisitos de admissibilidade da ação, porém, por evidência, quando já não o haja feito anteriormente, consoante assim leciona Marques, para quem

> Ao dispor que o "juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos incs. IV, V, VI", o art. 267 não retirou, para esses casos, os efeitos da preclusão *pro iudicato*. O texto transcrito tem de ser posto em confronto com

> aquele outro (já também transcrito) do art. 516. Donde concluir-se que o conhecimento *ex officio* da mencionada matéria persistirá até a sentença sobre o mérito, se dela não se decidiu, explícita ou implicitamente. Existindo pronunciamento, ainda que implícito (*retro*, nº 449), a preclusão *pro iudicato* torna irrevogável a decisão e impede o reexame da matéria em que incidiu. (Marques, 1997, p. 204).

E outra não poderia ser a conclusão, pois, adverte Costa,

> (...) a situação não pode ser analisada de forma tão singela uma vez que constituir-se-ia uma enorme mácula aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade se o juízo de primeira instância pudesse a todo momento repisar matérias já decididas, desequilibrando a simétrica paridade de armas que as partes possuem e retirando delas quaisquer ônus pela sua inércia em manifestar sua irresignação através da interposição do recurso cabível.
>
> Isto se verifica, pois, a única forma de se permitir a rediscussão da matéria em nosso sistema processual e de adequação à procedimentalidade discursiva, que o Direito Democrático assegura, é através da interposição de recursos. Caso o recurso cabível não seja aviado, ocorrerão os efeitos da preclusão e não poder-se-á em qualquer grau de jurisdição ocorrer a rediscussão da matéria.
>
> Nosso entendimento é que, *de lege lata*, com bases nos arts. 267, §3º, 471, 473, 516, do CPCB, 1º, *caput*, e incs. LIV e LV, CR/88, o juiz, nas instâncias ordinárias, pode decidir de ofício sobre as matérias referentes as condições da ação e pressupostos processuais, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois uma vez proferida a decisão acerca destas matérias, cabe às partes manifestarem suas irresignações (recursos) sob efeito de preclusão tanto para as partes quanto para os órgãos judiciários (*pro judicato*).

> O entendimento contrário advém de uma visão "autoritária" e "assistencialista", que põe em xeque a própria lógica do sistema de preclusão, além de criar uma situação de quebra da isonomia entre os sujeitos processuais e não se adequar ao paradigma de Estado Democrático de Direito. (COSTA, p. 204).

Deste modo, correta é a interpretação feita por Ferreira Filho, no sentido de que é possível ao juiz se manifestar sobre os requisitos de admissibilidade da ação a qualquer tempo, desde que, por evidência, já não o haja feito anteriormente. Para tanto, explana o autor,

> (...) no contexto do código, o §3º do art. 267 apenas libera o juiz para apreciação de ofício da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Todavia, uma vez proferida a decisão, não mais poderá o mesmo juiz decidir novamente a questão. (FERREIRA FILHO, 1991, p. 106).

E, assim continua,

> (...) tendo o juiz decidido, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente. (FERREIRA FILHO, 1991, p. 106).

Não obstante, a preclusão que operar para o magistrado em primeira instância não impede a incidência do efeito translativo dos recursos em geral previsto no art. 515, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil, evidentemente limitado pela extensão do efeito devolutivo (CPC; art. 515, *caput*), que garante a imutabilidade da matéria não impugnada, a qual transita em julgado. Essa, aliás, é a razão de a regra do art. 267, §3.º, do Código de Processo Civil, permitir ao juiz conhecer de ofício, em qualquer grau de jurisdição, da matéria constante dos incisos IV e VI, desse mesmo dispositivo.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo da presente investigação, o sistema processual brasileiro possui escopo instrumentalista, que reconhece estar o direito processual a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão de que é titular.

O instrumentalismo, como afirmado, decorre do princípio da tutela jurisdicional efetiva, que por força da máxima efetividade das normas constitucionais, condiciona o Judiciário a efetivar não apenas os direitos de índole infraconstitucional lesionados ou ameaçados de lesão, como também à concretização da Constituição em si. Esta, pois, é a correta exegese atribuída às normas processuais, harmônica com os ditames do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Como consequência, deve ser evitada ao máximo a lavratura de decisões de natureza meramente terminativa, através das quais se extingue o processo sem resolução do mérito, posto que essa espécie de manifestação jurisdicional acerca de pretensão que lhe foi deduzida representa uma não tutela, mormente quando o saneamento dos vícios e irregularidades que a motivaram se fazia possível. Esse tipo de decisão representa falha para a realização do direito e pacificação das lides existentes no seio social, circunstância que pode acarretar a perda de confiabilidade dos jurisdicionados em relação à eficiência do Poder Judiciário enquanto função orgânica do poder soberano.

O instrumentalismo, acrescenta-se, face sua natureza, revela que o direito processual e o direito material se relacionam, embora não de maneira dependente como outrora ocorreu na fase concretista. Daí porque, afirmou-se, as condições da ação, que devem ser analisadas sob a ótica do direito material objeto da pretensão deduzida em Juízo, integram o gênero dos pressupostos processuais e, por conseguinte, representam requisitos de admissibilidade da demanda, posto que seu exame necessariamente será precedente ao julgamento de mérito da pretensão.

Sob tais parâmetros, constata-se que a regra enunciada pelo art. 267, § 3.º, do Código de Processo Civil, que possibilita ao juiz conhecer de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição das condições da ação

e pressupostos processuais deve ser interpretada em harmonia com o regime de tratamento das nulidades adotado pelo sistema processual e regras de preclusão (CPC; art. 473).

Deste modo, deve-se aplicar à análise dos requisitos de admissibilidade o disposto no art. 327 do Código de Processo Civil, cujo texto regra firma em sua segunda parte que, "(...) verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias". Trata-se, pois, de constante atividade saneadora, que deve perdurar enquanto possível atingir a resolução do mérito da demanda, sem que se desconsidere por completo o instituto da preclusão, que igualmente possui função condigna à função instrumental do processo. Afinal, o processo, ao buscar a prestação de tutela jurisdicional efetiva, igualmente não se desvencilha da acepção de segurança que a regular e sequencial marcha de seus atos proporciona, o que decorre, dentre outros fatores, da adoção de um regime de preclusões.

Daí porque, conclui-se, é possível ao juiz se manifestar sobre os requisitos de admissibilidade da ação a qualquer tempo desde que, por evidência, já não o haja feito em momento anterior. Deste modo, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente, sem que se exclua os órgãos recursais de analisar os pressupostos de admissibilidade para o exame de mérito da ação, circunstância autorizada pelo art. 515, *caput*, do Código de Processo Civil.

THE INCIDENCE OF THE INSTITUTE OF PRECLUSION ON THE JUDGMENTE OF ADMISSIBILITY TO THE EXAMINATION OF THE MERITS OF THE ACTION

ABSTRACT: The subject matter investigated is the incidence of the institute of preclusion on the judgment of admissibility to the examination of the merits of the action. Attempts to relativize the reading of the rule established by art. 267, § 3, of the Code of Civil Procedure, which allows the review of conditions of action at any time and degree of jurisdiction. It discusses the evolution of civil procedure in Brazil until the advent of the period instrumentalist in that the process be recognized as instrument for the realization of the violated rights or threatened with violation. Reveals the necessary link between the substantive law and procedural law, but finds no dependency relationship. Admits the relevance of the

theory of assertion, which must be applied mitigated, given the existence of phase sanitizing process and preclusion system. It concludes with the incidence of the Institute of preclusion to the admissibility requirements for the examination of the merits of the action.

KEYWORDS: Civil procedural law. Admissibility requirements of action. Preclusion.

Notas

[1] O despacho saneador, embora não mais previsto expressamente, persiste no sistema processual civil brasileiro no art. 331, que ao cuidar da audiência preliminar, estabelece em seu §2.º que "se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário".
Consoante leciona Malachini, há nova roupagem para essa decisão interlocutória. Segundo o autor, "somente por tradição se continuará falando em "despacho saneador" para significar a decisão interlocutória do art. 331. O que existe, no sistema do Código atual, é, efetivamente, uma *fase saneadora* em sentido lato, compreendendo as providências preliminares (arts. 324 a 327, primeira parte) e o suprimento de nulidades. Este último é que constitui o conteúdo do verdadeiro despacho saneador, que tem sua sede própria, hoje, no art. 327, segunda parte.
A denominação apropriada para a referida decisão interlocutória é, em nosso pensar, declaração de saneamento (que deveria ser a rubrica da Seç. III, não tendo, pois, sido completa a correção feita pela Lei n. 5.925), ou, mais completamente, decisão declaratória de saneamento (assim também Wellington Moreira Pimentel). Decisão essa que foi definida, com muita propriedade, como o "ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência, por não estar ainda a causa madura para o julgamento do mérito". (MALACHINI, 1977, p. 99).
[2] Interessante observar que a Lei n.º 11.232/2005, conferiu nova redação ao *caput,* art. do art. 267, do Código de Processo Civil, ao substituir o termo "julgamento" por "resolução".
[3] A exposta similitude da natureza das condições da ação e dos pressupostos processuais enquanto requisitos de admissibilidade da demanda é reforçado com exemplos do direito comparado. Em Portugal, a legitimidade para ser parte e o interesse de agir são tratados pelo Código de Processo Civil como pressupostos processuais, inexistindo qualquer referência ao instituto "condições da ação" como assim ocorre no Brasil. A ausência de um deles acarreta a absolvição de instância (CPC; art. 288), fenômeno correlato à extinção do processo sem resolução do mérito. Diferente não ocorre na Alemanha, em que a legitimidade processual é tratada pela lei processual civil como pressuposto processual, inexistindo o instituto autônomo das condições da ação (JAUERNIG, 2002, p. 182-183).
[4] O Projeto de Novo Código de Processo Civil, em trâmite perante o Congresso Nacional, não mais faz menção às condições da ação, tratando a legitimidade e o interesse de agir como pressupostos processuais, a despeito de ainda mencioná-los em inciso próprio. Ausência de um ou outro poderá acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito (Projeto de CPC; art. 467).
[5] Também assim se prevê no Projeto de Novo Código de Processo Civil em trâmite perante o Congresso Nacional, cujo art. 301 firma que "antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício".

[6] Fala-se em vício de inconstitucionalidade porque o Estado de Direito possui uma finalidade constitucional precípua, que é garantir a correta interpretação da norma constitucional.
[7] Consoante defende HESSE, "quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. (HESSE, 1991, p. 20).
[8] Conceito jurídico indeterminado é aquele cuja identificação, além dos limites impostos pela norma, imprescinde de elementos de outras disciplinas para ser definido, como a sociologia, história etc.
[9] O ativismo jurídico liga-se ao pós-positivismo, em que, leciona PAULA, "(...) o fenômeno jurídico não mais se resume apenas às regras, mas aos princípios, com cujo caráter semanticamente mais aberto abre-se espaço para uma maior intervenção do juiz ao ditar o direito". (PAULA, 2009, p. 335).
[10] O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, em voto-vista proferido na ADI 3510, manifestou que "(...) sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme a Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição Federal, o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 4ª ed. , São Paulo: Ed. Saraiva. 2001.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual.* Vol I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2003.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller. 1998.
COSTA, Alfredo Araújo Lopes. *Direito processual civil brasileiro.* Rio de Janeiro: José Konfino. 1946.
a) DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil* - Vol. 1. Salvador: Ed. Jus Podium. 2010.
b) DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação, o juízo de admissibilidade do processo.* 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011.
FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil.* Curitiba: Juruá. 1991.
GOMES, Fábio Luiz. *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
HARDAGH, C. C, SOUZA, A. I. e PEREIRA, S. R. - *Metodologia da pesquisa científica e jurídica* – Material de Aula da Disciplina:

Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp | Rede LFG, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil.* Coimbra: Almedina. 2002.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Anotações às instituições de direito processual civil de Giuseppe Chiovenda* – Vol. 1. Campinas: Bookseller. 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. *Do julgamento conforme o estado do processo.* RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de processo civil.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Ed. Saraiva. 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 22ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como fator de estruturação do procedimento.* In: Estudos Continuados de Teoria do Processo. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese. 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2004.

PAULA, Daniel Giotti. Intranquilidades, positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira. In: *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Ed. Jus Podium. 2009.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil.* Vol 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo.* São Paulo: Bushatsky. 1975.

POSSIBILIDADE DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA VIABILIZAR A APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA DIRETA NOS TEMPOS ATUAIS

Vanda dos Santos Gois*

RESUMO: O presente trabalho propõe um estudo sobre a possibilidade da Justiça Eleitoral brasileira viabilizar a aplicação da democracia direta nos tempos atuais. Trata não da democracia direta nos mesmos moldes da existente na Grécia Antiga, mas procura identificar na Constituição Federal institutos de democracia direta como plebiscito, referendo e iniciativa popular que não são constantemente usados apesar de positivados na Carta Magna. Analisa o princípio da democracia na Constituição Brasileira. Discorre sobre a democracia representativa e os problemas atuais que enfrenta face ao descrédito da população nos políticos. Discorre sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, apresentando-os como institutos de democracia direta positivados na Constituição Federal, procurando conciliar esses institutos com a democracia representativa, como forma de controlá-la, tendo o povo maior poder de decisão. Vislumbra o papel da Justiça Eleitoral para intermediar e regular a efetivação da democracia neste país, tanto no que diz respeito à democracia indireta ou representativa, o que já realiza com lisura e competência, quanto no aspecto da democracia direta, que se tem muito a concretizar, mas o que se verifica é a possibilidade de fazê-lo, face aos avanços tecnológicos da Justiça Eleitoral, principalmente no que se refere à votação eletrônica. Enfatiza o papel da sociedade civil que através de suas instituições poderá lutar por seus direitos, usando os mecanismos de democracia direta para tentar resolver os problemas que assolam este país e resgatar a dignidade do cidadão brasileiro, convocando-o a participar da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Justiça Eleitoral. Participação popular.

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE/ESMESE e Especialista em Direito Eleitoral pela UNISUL/LFG. Técnica Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. Aluna da Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse) e Marcato/Praetorium.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da possibilidade de aplicação da democracia direta no Brasil faz-se necessário em face da falência do sistema democrático atual, que apresenta uma democracia representativa, em que os representantes eleitos pelo povo cada vez mais comprovam a inviabilidade dessa forma de governo, pois ao invés de governarem para o progresso da nação, envolvem-se cada vez mais em escândalos de corrupção que envergonham o Estado brasileiro, deixando o povo passando muitas necessidades e privações, enquanto seus representantes esbanjam o dinheiro público.

Somente a partir do momento em que o povo puder decidir sobre o orçamento, sobre as prioridades das obras a serem construídas, sobre as leis que regerão suas vidas, a democracia será uma realidade, pois só assim, haverá o governo do povo e não essa democracia somente representativa que não proporciona em nenhuma hipótese a verdadeira soberania popular.

A Justiça Eleitoral brasileira vem demonstrando nos últimos anos um avanço muito significativo, principalmente na área tecnológica, com o uso da urna eletrônica que agiliza a votação e o resultado das eleições em todo o país, sendo inclusive solicitada por outros países. Foi utilizada nas Eleições 2012, em alguns Estados da federação, a urna eletrônica digital que proporciona maior segurança, evitando fraudes. Além disso, a legislação eleitoral evoluiu muito desde o Código Eleitoral de 1965, garantindo hoje procedimentos mais céleres que facilitam a realização das eleições em todo o país.

Tal evolução propicia o resgate das origens da democracia, uma vez que a mesma ocorria na Grécia de forma direta, com o povo votando diretamente nas propostas apresentadas. Entretanto, não é exatamente este modelo que seria possível hoje, pois em face da evolução tecnológica atual, é possível que os debates cheguem ao conhecimento de todos através dos meios de comunicação de massa e que as pessoas possam votar em propostas concretas e não em representantes que geralmente só buscam os seus interesses e de seus parentes.

Vislumbra-se desse novo modelo de democracia a necessidade, no caso do Brasil, da utilização dos mecanismos de democracia direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, já positivados na Constituição Federal que garante a efetiva participação popular nas

decisões mais significativas.

Ao realizar uma análise concisa das partes que integram este trabalho, evidencia-se inicialmente a apresentação do modelo da democracia adotado na Grécia Antiga, ressaltando que não é exatamente esse que se pretende resgatar. Em seguida, tecem-se comentários acerca do princípio da democracia na Constituição Brasileira que apresenta um misto de democracia indireta ou representativa e democracia direta, abrindo-se espaço para enfatizar o papel dos partidos políticos.

Também se encontra inserido neste capítulo os mecanismos de democracia direta existente na Constituição como plebiscito, referendo e iniciativa popular, mostrando que é possível conciliar a democracia representativa com a direta, servindo esta para elidir os desmandos e corrupções que descredencia aquela frente ao eleitorado nacional.

O segundo capítulo cuida do papel da Justiça Eleitoral na aplicação da democracia direta, através de seus avanços tecnológicos, ressaltando as alterações imprescindíveis na Carta Magna e na legislação eleitoral, conclamando a sociedade civil a exigir a efetiva aplicação da democracia direta.

No que concerne à metodologia principal, foi utilizado na pesquisa o método dialético. A tese da democracia representativa é confrontada com a tese da democracia direta; a síntese das duas traz a teoria da democracia participativa ou semidireta que serve de base para este estudo.

Assim, em face da falência da democracia representativa no Brasil e da possibilidade da Justiça Eleitoral viabilizar a votação direta da população, votando em ideias e em projetos concretos e não só em representantes, verifica-se a imprescindibilidade da pesquisa a ser desenvolvida neste trabalho que pode proporcionar uma reforma verdadeiramente democrática neste país, a partir da participação direta de seu povo.

Verifica-se que para isso é necessária uma grande mudança na mentalidade dos cidadãos e principalmente vontade política para tal transformação, chegando-se mesmo a pensar que se trata de uma utopia. Entretanto, quando se falava do fim da escravidão muitos achavam impossível acontecer. Outro exemplo é o modelo de democracia que se tem hoje, houve épocas em que as mulheres não podiam votar. E certamente todos aqueles que teorizavam sobre essas matérias eram chamados de sonhadores ou utópicos.

Assim, é imprescindível que os estudiosos do Direito, principalmente,

por escolherem uma área que deve ter como maior objetivo a busca incessante da Justiça, procurem traçar soluções para os problemas mais graves da sociedade atual, concretizando essas ideias, tendo esse trabalho o objetivo de propiciar alguma forma de transformação mesmo que a longo prazo. Mas, é preciso começar, não se deve render ao conformismo de que nada irá mudar. Não é isso que a História mostra, já foram derrubados vários impérios e é preciso acabar com essa falsa democracia em que vive o povo brasileiro, substituindo-a por um novo modelo que possa viabilizar a efetiva participação do povo para que um dia se possa viver a verdadeira democracia direta, havendo o governo realmente do povo e para o povo.

Pode-se ser até prudente nos atos, mas nunca nas ideias.

2. DEMOCRACIA DIRETA

A humanidade, durante o decorrer de sua história, viveu momentos de liberdade e de tirania, de avanços surpreendentes e retrocessos catastróficos, de ideias geniais e de outras eivadas de prepotência e astúcia em busca e para permanência do poder nas mãos de uma minoria. Isso foi o que ocorreu com a ideia de Democracia criada pelos gregos que ao invés de evoluir, foi dividida em direta e indireta como forma de enfraquecer o instituto.

A democracia direta seria aquela praticada diretamente pelo povo, decidindo sobre os problemas públicos como ocorria na Grécia Antiga; já a democracia indireta seria aquela em que o povo elege representantes que irão governar e decidir por ele.

Na verdade, a representatividade não deixou de estar presente no modelo original criado pelos gregos, o que houve foi uma regressão do instituto quando se passa a ter somente a democracia representativa, se é que se deva chamar de democracia, uma vez que o instituto fora esvaziado, perdendo a sua essência que é a participação popular efetiva.

Conforme se verifica nas lições de Voltaire Shilling (Internet, 2013):

> A Democracia Direta teve sua origem na Grécia Antiga e não era praticada por todos, mas só por aqueles que eram considerados cidadãos (*thetes*), ou seja, qualquer ateniense maior de 18 anos que tivesse prestado o serviço militar e que fosse homem

> livre, ficando de fora os estrangeiros, os escravos e as mulheres. Assim, grande parte da população não participava dos destinos públicos.
> Uma vez por ano, os demos sorteavam 50 cidadãos para se apresentarem no Conselho (*Boulê*) que governava a cidade em caráter permanente. Como eram 10 demos, ele denominava-se "Conselho dos 500". Entre estes 500 deputados eram sorteados 50 que formavam a pritania ou presidência do Conselho, responsável pela administração da cidade por 35 ou 36 dias.
> Cada demos era chamado, alternadamente, a responder pelos assuntos da pólis, durante um certo período.
> Esse conselho era quem convocava as assembleias gerais populares (a *Ecclesia*), que se realizavam duas vezes por semana para debater questões sobre os problemas da comunidade e para também escolher os magistrados eletivos, os quais podiam ser reeleitos. As funções executivas estavam divididas entre os magistrados sorteados e os escolhidos por voto popular. Eles eram responsáveis perante a Ecclesia por todos os seus atos, podendo ser julgados por ela em caso de falta grave.

Depreende-se do texto citado que o cidadão ateniense também votava em representantes e apesar da evolução atual que tornou o voto igual para todos, sem preconceito de sexo e de condição econômica e social, bem como não haver mais sorteio de representantes, as características principais foram aniquiladas como o poder do povo discutir e decidir diretamente sobre os problemas públicos e de julgar os que detêm funções executivas pelas faltas que eles cometerem.

Todavia, o que se esperava era que o conceito de democracia se estendesse como ocorreu com o conceito de cidadão e não que houvesse uma diminuição de sua aplicação, limitando-se geralmente à eleição de representantes.

Como forma de resgatar alguns institutos da democracia direta surge uma nova denominação para o termo democracia, a democracia participativa ou semidireta, que tenta conciliar a democracia representativa

com a democracia direta, através do uso de institutos de participação popular direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, procurando amenizar os desmandos causados por essa democracia representativa.

O desenvolvimento da democracia para ser observado, segundo os ensinamentos de Bobbio (2004, p. 69) deve-se "procurar ver se aumentou não o número dos eleitores, mas o espaço no qual o cidadão pode exercer seu próprio poder de eleitor".

É preciso haver maior participação popular, pois a democracia é o principal mecanismo para se efetivar princípios primordiais como a dignidade da pessoa humana. O homem que pode decidir sobre os rumos de sua nação tem mais responsabilidade, o que contribuirá para uma vida mais digna e mais humana.

Neste enfoque, com brilhantismo, explica Anderson Sant'Ana Pedra (Internet, 2013):

> A democracia não é apenas uma forma de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da Humanidade (dos povos e dos cidadãos). Democracia e participação se exigem, democracia participativa constitui uma tautologia virtuosa. Não há democracia sem participação, sem povo. O regime será tanto mais democrático quanto tenha desobstruído canais, obstáculos, óbices, à livre e direta manifestação da vontade do cidadão.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de valorização e aplicação de princípios constitucionais que somente terão vida dentro de um sistema democrático que contribuirá para o aperfeiçoamento das leis que regem este país, eliminando os grupos de interesses inescrupulosos que assolam cada vez mais a esperança da população.

No entanto, vale ressaltar que o adjetivo atribuído ao termo democracia não é o mais importante, mas sim se as decisões refletem a vontade da maioria da população, se o povo tem liberdade para opinar e tem poder de decisão, sendo verdadeiramente soberano.

Entretanto, por uma questão didática, o adjetivo que mais se aproxima da essência da democracia seria democracia direta por ser mais completo,

não que aqui se queira resgatar totalmente o modelo adotado na Grécia Antiga, mas apresentar os mecanismos para que haja verdadeiramente a soberania popular.

2.1 O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O legislador constituinte adotou o regime democrático quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, ao aclamar em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Já no parágrafo único do art. 1º, a Constituição Federal legitima a soberania popular, informando que o povo a exerce por meio de representantes eleitos ou de forma direta, sendo assim, o Estado brasileiro um misto de democracia representativa e democracia direta.

A Constituição brasileira inovou, elevando o país à condição de Estado Democrático de Direito, o que caracteriza uma convergência de vontades entre aqueles que são legalmente administrados (o povo) e aqueles que legitimamente administram (governo). O regime de governo ou regime político evoluiu de uma democracia meramente representativa para um regime democrático participativo ou semidireto, onde ser cidadão não significa somente ser eleitor, implica uma participação ativa na vida política do Estado. Exercendo-se a cidadania não apenas através do voto direto, secreto, universal e periódico, mas na atuação junto ao Poder Público de instrumentos constitucionais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

2.1.1 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A democracia representativa ou indireta é aquela em que o povo através de eleições periódicas escolhe as pessoas que irão representá-lo, para em seu nome tomar as decisões políticas.

Na verdade esta é a forma de democracia mais conhecida pela maioria dos brasileiros, uma vez que os mecanismos de democracia direta constantes no art. 14 da Constituição Federal não são muito usados, como o plebiscito e o referendo, por exemplo.

Os representantes são eleitos pelo povo através de eleições gerais para votação nos cargos de Presidente da República e seu respectivo vice, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Governador e seu respectivo vice, realizadas de quatro em quatro anos.

Há também as eleições municipais, onde são eleitos os representantes que ocuparão os cargos de Vereador, Prefeito e vice, realizadas, também, de quatro em quatro anos, mas de forma intercalada com as eleições gerais. Assim, no Brasil, a cada dois anos realizam-se eleições.

Para a distribuição das representações são adotados dois sistemas eleitorais: o majoritário e o proporcional.

Pelo sistema majoritário, considera-se eleito o candidato que obtenha o maior número de sufrágios sobre os seus competidores. São eleitos pelo sistema majoritário o presidente da República, os governadores dos Estados e os prefeitos, juntamente com seus vices, bem como os senadores e seus suplentes.

A representação proporcional se destina a garantir aos diferentes partidos políticos uma representação correspondente à força numérica de cada um, assegurando a representação dos grandes partidos e a sua possibilidade de coexistência com as minorias partidárias. São eleitos pelo sistema proporcional os deputados federais, os deputados estaduais e os vereadores.

Entretanto, apesar de todo o sistema desenvolvido o que se verifica, atualmente, é o descrédito da população na classe política, em face aos inúmeros escândalos de corrupção e desmandos que se verifica no decorrer de toda a história política nacional.

Nesse sentido, leciona Benevides (2003, p. 24 e 25):

> Essa desconfiança atinge não apenas os parlamentares, como as próprias instituições da democracia representativa – os partidos e o Poder Legislativo.
> Recentes pesquisas de opinião pública confirmam resultados negativos anteriores, com ressalva para a visibilidade positiva da Justiça Eleitoral; os partidos e os políticos permanecem nos últimos lugares na estima dos entrevistados. A população brasileira, ontem como hoje, não se sente "bem representada" no Legislativo. O cidadão brasileiro pode ser

> ignorante e acreditar nos milagres de um "salvador da pátria". No outro extremo, pode ser politizado e participar de movimentos populares na defesa de interesses coletivos. Mas, decididamente, não confia nos "representantes do povo". O que, sem dúvida, não é bom para a democracia.

Assim, o que se verifica é uma banalização dentro da sociedade da própria eficiência do regime democrático, pois diante da total impunidade daqueles que agem como se fossem o próprio poder, oprimindo e tentando controlar a opinião pública através de manobras políticas desleais, em que não se avalia o mais competente e sim o mais forte, que mesmo não cumprindo seu papel de representante do povo nunca é punido, pois segundo Benevides (2003, p. 25) "uma das deficiências mais sentidas na representação política no Brasil consiste na total ausência de responsabilidade efetiva dos representantes perante o povo".

Tudo isso, junto com o coronelismo, o clientelismo, o populismo, o abuso do poder econômico nas campanhas e as promessas pré-eleitorais, que geralmente não são cumpridas, traz como consequência a descrença dos cidadãos nos políticos e na política.

Essa demonstração de força e de poder, que políticos brasileiros tendem a usar é uma forma anacrônica que infelizmente ainda funciona, pois o que se vê a cada eleição é a velha política do pão e do circo, que se aproveita da falta de consciência política do cidadão brasileiro.

Registra com precisão Benevides (2003, p. 88 e 89):

> Por outro lado, a responsabilidade, tradicionalmente reconhecida ao Legislativo, só existiria, na prática, pela reiteração das eleições. Isso porque predomina o princípio da soberania parlamentar (identificada como "vontade da nação") e não da soberania popular. A soberania parlamentar não pode admitir o controle judicial da constitucionalidade das leis. A França, até a V República, não admitia que uma lei votada pelo Parlamento pudesse ser infirmada ou afastada, a não ser por outra lei.
>
> A responsabilidade dos representantes, diante de seus representados – ou da não -, permanece, no Brasil, sujeita apenas ao veredito das eleições

> seguintes. Na ausência de qualquer tipo de mandato imperativo e de outros mecanismos de controle e fiscalização, os mandatários podem, igualmente, afirmar que não "devem prestar contas a ninguém, a não ser à sua própria consciência". O que é comum.

Assim, a única forma de se exercer algum controle sobre os atos dos políticos e conscientizar politicamente o povo brasileiro é fazendo com que ele participe, e isso não significa apenas eleger representantes, mas também votar em questões de interesse público, apresentação de projetos de lei, lançando-se as bases para a evolução da democracia no Brasil.

2.1.1.1 OS PARTIDOS POLÍTICOS

O papel dos partidos políticos é essencial para a concretização das eleições neste país, vez que nos termos do art. 14, parágrafo 3º, V, da Constituição Federal, só se admite candidato mediante a filiação partidária. Ao contrário do que ocorre em outros países, no Brasil não há possibilidade de alguém se registrar como candidato sem que pertença a um partido político. Na democracia atual, não há poder estatal se não há partidos políticos. Verifica-se daí a natureza pública dos partidos políticos, apesar de serem classificados como pessoas jurídicas de direito privado, conforme consta no art. 1º, da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

Sendo necessário um maior controle das atividades partidárias em face da sua importância pública, verificando-se a fidelidade partidária dos candidatos eleitos, para que não transformem os partidos políticos em meros instrumentos de ascensão ao poder.

Complementando esse entendimento, leciona Dallari (2005, p. 167 e 168):

> Contra a representação política, argumenta-se que o povo, mesmo quando o nível geral de cultura é razoavelmente elevado, não tem condições para se orientar em função de ideias e não se sensibiliza por debates em torno de opções abstratas. Assim sendo, no momento de votar são os interesses que determinam o comportamento do eleitorado, ficando em plano secundário a identificação do

> partido com determinadas ideias políticas. A par disso, os partidos são acusados de se ter convertido em meros instrumentos para a conquista do poder, uma vez que raramente a atuação de seus membros condiz fielmente com os ideais enunciados no programa partidário. Dessa forma, os partidos, em lugar de orientarem o povo, tiram-lhe a capacidade de seleção, pois os eleitores são obrigados a escolher entre os candidatos apontados pelos partidos, e isto é feito em função do grupo dominante em cada partido. Este aspecto levou Robert Michels a concluir que há uma tendência oligárquica na democracia, por considerar inevitável essa predominância de grupos.

Diante do exposto, torna-se necessário reconhecer as falhas presentes no sistema partidário nacional que acaba por macular a representabilidade e se render aos interesses dos grupos dominantes e até mesmo de um único dirigente ou candidato, perdendo a sua essência, sua função de defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal e assegurar a autenticidade do sistema representativo, tornando-se verdadeiras empresas de propaganda para determinado candidato, não se importando se ele irá ou não seguir os ideais fixados em seus estatutos.

O pior disso tudo é que o dinheiro público, a exemplo das multas eleitorais, das dotações orçamentárias que lhes são destinadas, da imunização de impostos, dentre outros privilégios são usados para favorecer uma minoria que se aproveitam dessa instituição democrática para conseguir o poder.

Conforme leciona Benevides (2003, p. 25):

> Atualmente, as críticas mais moderadas à representação parlamentar apontam os vícios decorrentes de uma tradição oligárquica incontestável (o que leva à extrema "privatização" da política) e de defeitos inerentes à legislação, como a sub-representação dos Estados mais populosos e desenvolvidos. As críticas mais radicais apontam o que se convencionou chamar de verdadeiro "estelionato político", decorrente da preservação

> da representação. Em ambos os casos, discute-se o papel do Estado, dos partidos políticos (detentores do monopólio da representação no Legislativo) e da legislação eleitoral.

Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão.

O fundo partidário supracitado é o previsto no art. 38 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, abaixo transcrito:

> Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:
> I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
> II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;
> III – doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
> IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

Observa-se, principalmente, no último inciso acima citado que dinheiro fruto dos impostos pagos pelo povo, sem sua autorização direta, são destinados aos partidos políticos. A dotação orçamentária de 2012 destinada aos partidos políticos totalizou R$ 286.288.520,00 (duzentos e oitenta e seis milhões, duzentos e oitenta e oito mil, quinhentos e vinte reais). Além disso, receberam R$ 63.308.570,87 (sessenta e três milhões, trezentos e oito mil, quinhentos e setenta reais e oitenta e sete centavos), referentes às multas eleitorais. Esta é uma matéria que deveria ter sido plebiscitada ou referendada pelo povo, em face da ligação dos parlamentares aos partidos políticos. Será que esse dinheiro do orçamento, bem como o decorrente das multas eleitorais, não seriam melhor empregados se fossem destinados à assistência social, à saúde ou

à organização de referendos e plebiscitos? Essa resposta só será possível quando forem efetivamente utilizados esses mecanismos democráticos.

Os partidos políticos podem receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos, ressalvadas algumas vedações, como, por exemplo, receber auxílio pecuniário de entidade ou governo estrangeiro (art. 31, I, da Lei 9.096/1995).

As doações supracitadas podem ser feitas diretamente aos órgãos de direção nacional, estadual e municipal, que remeterão à Justiça Eleitoral o demonstrativo de seu recebimento e respectiva destinação, juntamente com o balanço contábil. Outras doações, quaisquer que sejam, devem ser lançadas na contabilidade do partido, definidos seus valores em moeda corrente.

Os partidos políticos registrados regularmente no Tribunal Superior Eleitoral têm direito à utilização gratuita de escolas públicas ou Casas legislativas para a realização de suas reuniões ou convenções, responsabilizando-se pelos danos porventura causados com a realização do evento.

A propaganda é gratuita para os partidos políticos, mas os empresários de rádio e televisão não têm nenhum prejuízo, porque recebem compensação fiscal, e a conta, como sempre vai para o contribuinte, conforme o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096/95, o qual reza que "as emissoras de rádio e televisão terão direito à compensação fiscal pela cedência do horário gratuito previsto nesta Lei. (Regulamento Dec. nº 3.516, de 20/06/2000)". A Lei 12.034/2009 que alterou a Lei 9.504/1997, estendeu a compensação fiscal acima à veiculação de propaganda gratuita de Plebiscitos e Referendos (art. 99, §1º, da Lei 9.504/97). Isso significa que, com essa gratuidade, o governo brasileiro deixa de arrecadar, sem contar também que os partidos políticos têm imunidade de impostos, conforme art. 150, VI, "c", da Constituição Federal.

Assim, verifica-se que os partidos políticos não são tão desprovidos de recursos como aparentam e que os representantes eleitos por eles os beneficiaram através das disposições legais acima citadas.

Os partidos políticos deveriam ajudar a Justiça Eleitoral a fiscalizar as Eleições, entretanto, eles muitas vezes não agem como fiscalizador, como um aliado do regime democrático, pois acaba por maculá-lo com práticas desonrosas como compra de votos, caixa dois em campanhas, prestações de contas que não espelham a realidade, não seguindo os ideais

constantes em seus estatutos.

Entretanto, para diminuir tais desmandos, torna-se imprescindível o uso mais constante dos instrumentos constitucionais de democracia direta como plebiscito e referendo, para que os verdadeiros detentores do poder (o povo) possam coibir e elidir a corrupção que assola os partidos políticos e os governantes eleitos através deles.

Conforme leciona Benevides (2003, p. 30):

> [...] Aqueles que insistem em afirmar que "quem quer fazer política deve entrar nos partidos" reproduzem uma visão estreita e mesmo reacionária da política. Uma das maneiras para enfrentar o preconceito, e romper tanto os vícios liberais quanto a obsessão com o Estado, passa, portanto, pela criação e consolidação das diversas formas de participação popular.

Assim, torna-se necessário também que o povo exija que privilégios dados aos partidos políticos sejam referendados pelos cidadãos, para evitar-se que pessoas inescrupulosas fundem partidos para ter isenção tributária, para receber dinheiro do orçamento público, para enriquecerem e fingirem que participam do processo democrático, quando na verdade só atendem aos seus próprios interesses.

Conforme leciona Fávila Ribeiro (1990, p. 37):

> Quando os ditados da soberania são subtraídos do povo em sua universalidade e assumidos por uma única pessoa, por grupo particularizado ou exclusivamente por uma classe, somente esses expoentes que se autoprivilegiaram são politicamente livres, porque eles somente podem traçar o próprio destino e o destino político alheio, ficando todos os demais segmentos desprovidos de regular influência, dependendo vagamente de ocasionais impulsos dadivosos ou de incontroláveis indisposições das camadas dirigentes. Somente quando a soberania tem alicerce popular, todos sentidos que contribuíram para implantação e funcionamento das instituições governamentais,

> haverá margem de segurança a que todas possam desfrutar de liberdade política real, uma vez que as obrigações políticas assentam-se no compromisso de que todos se dispõem a velar por sua eficácia e subsistência, aplicando-se aos desempenhos públicos e às condutas individuais.

É imprescindível salientar que não se quer aqui acabar com os partidos políticos, nem atentar contra o princípio do pluralismo político, presente na atual Constituição, mas o que se busca é a moralização dessas instituições que só poderá ocorrer com a iniciativa e participação efetiva do cidadão.

Tudo isso, vem a reafirmar a necessidade de se destinar à Justiça Eleitoral esse caráter conscientizador, educativo, explicativo do regime democrático atual, dizendo como funciona, quem são seus agentes, quais os privilégios e funções que eles desempenham, sem tendenciamentos partidários, para que se possa banir dos partidos as pessoas corruptas que os maculam. Assim, a democracia representativa atual poderá ser moralizada, uma vez que controlada e fiscalizada pelo povo.

2.1.2 DEMOCRACIA DIRETA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em face da supremacia da Constituição e da proteção dada por ela aos direitos fundamentais através de um rígido sistema de garantias é que se devem interpretar as normas infraconstitucionais para que se concretizem os preceitos do Estado Democrático de Direito. A própria Constituição deve ser interpretada de forma a garantir o princípio da democracia.

Neste enfoque, com brilhantismo, Paulo Bonavides apresenta a Teoria da Democracia participativa, que através de uma nova hermenêutica consegue identificar na atual Constituição a base para a aplicação da democracia direta no Brasil.

Essa teoria constitucional busca a efetiva participação do povo nas decisões mais importantes do país, uma vez que resta desacreditada a democracia representativa que se perfez no Estado Brasileiro, deixando de lado mecanismos constitucionais de participação direta do povo como o plebiscito e o referendo, os quais, após a Constituição de 1988, só foram usados uma única vez a nível nacional: o plebiscito em 1993, referente à forma e ao sistema de governo que deveriam vigorar no país;

já o referendo foi usado somente em 23 de outubro de 2005, para decidir sobre o comércio de armas de fogo e munição no país.

A Teoria da Democracia Participativa de Paulo Bonavides traz uma nova visão da democracia, primando por uma maior participação do povo no processo eleitoral e democrático do país. Essa teoria vem rebater a democracia representativa e a justificativa de Montesquieu de que o povo é incompetente e por isso deve ser representado.

Leciona Paulo Bonavides (2003, p. 345):

> Havida até há pouco por impossível ou de adoção extremamente dificultosa, a democracia direta já não é o sonho ou a utopia dos filósofos, que pretendiam vê-la ressurrecta, como Rousseau, nas páginas do Contrato Social.
> Com o progresso, incremento e expansão dos meios eletrônicos de comunicação, o processo eleitoral deixou de ser mistério para a nação, que pode plebiscitar, por meio de consultas populares instantâneas, todas as grandes decisões de interesse nacional, todos os problemas de soberania afetos à necessidade de soluções imediatas e legítimas, bem como referendar leis ordinárias ou emendas constitucionais do mesmo alcance político, social e jurídico daquelas decisões.

Assim, para que haja uma democracia direta é imprescindível que o povo participe efetivamente das decisões principais do país, o que pode ser viabilizado pela Justiça Eleitoral brasileira. A participação popular já presente na atual Constituição, através de institutos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, deve ser incentivada e usada mais frequentemente no país como o início da aplicação da democracia direta.

Torna-se imprescindível que se registre a pouca importância dada pelos ditos representantes do povo quanto ao uso desses meios de democracia direta, pois foi movida toda a máquina eleitoral do país para a organização do referendo de uma única lei, melhor dizendo de apenas um dos artigos do Estatuto do Desarmamento quando deveria ter sido aproveitado para referendar outras leis de interesse nacional.

Neste sentido, leciona Paulo Bonavides (2003, p. 350):

> Não há de ser diferente com a democracia participativa. Aliás, o texto normativo que a positivou, soldando num só corpo constitucional as duas formas de democracia – a direta e a indireta -, representa obra também de compromisso. Mas compromisso que as elites políticas do Congresso não souberam até agora honrar.

Entretanto, não foi em vão tal movimentação, pois pelo resultado foi possível provar que a vontade geral idealizada por Rousseau pode se concretizar atualmente, que o povo tem opinião e a faz prevalecer diante da imensa propaganda engendrada pela mídia. Além disso, a esmagadora vitória do "Não" é prova de que a democracia representativa não conseguiu atingir seus objetivos, que a lei aprovada pelos representantes do povo, não condizia com a vontade da maioria. Portanto, chega-se a conclusão de que a representatividade para ser eficiente precisa ter suas decisões referendadas pelo povo.

Forte nas lições de Paulo Bonavides (2003, p. 345):

> A democracia direta aqui propugnada não tem a rigidez imediatista do modelo ateniense, refratário a quaisquer formas de intermediação remanescente, suscetível de incliná-la ao figurino misto da modalidade da chamada democracia semidireta. Sua versão moderna ou contemporânea, acomodada às exigências, requisitos e postulados de nossa época, toma, de conseguinte, a feição aberta de uma democracia participativa, qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa.

A soberania popular precisa ser efetivamente exercida e para isso é necessário consciência política, que só poderá ser alcançada com o uso dos mecanismos citados de forma mais frequente, agindo o povo como verdadeiros fiscais das leis aprovadas pelo Congresso Nacional, o que já encontra suas bases positivadas na Constituição Federal, no art. 1º, parágrafo único, que profetiza que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Assim, o que se verifica é o descaso dos governantes para a sua efetiva aplicação.

É preciso lutar pela aplicação do que já é positivado na atual Constituição. É preciso exigir-se que sejam feitos plebiscitos e referendos regularmente, é necessário que o povo participe, que realmente tenha poder de decisão. Assim, haverá maior fiscalização das leis, impedindo os desmandos de alguns governantes que, ao invés de servir ao povo, o torna escravo de seus interesses.

Assim, leciona Paulo Bonavides (2003, p. 346):

> Todavia, a solução de direito positivo para introdução da democracia participativa se acha na cláusula do parágrafo único do art. 1º da Constituição, onde se estatui que todo o poder emana do povo e este o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos do Estatuto Fundamental. Acerca desses dispositivos, não há nada a acrescentar. Mas há tudo a concretizar.

Diante do exposto, verifica-se a importância da Teoria Constitucional da Democracia Participativa de Paulo Bonavides, que com maestria incomparável e uso de uma nova hermenêutica veio a elucidar o que era desejo do Poder Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, apresentando um misto de democracia direta e indireta para que o povo possa exercer de forma mais contundente a sua soberania, o que servirá de base para o aprimoramento e evolução do princípio da democracia no Estado brasileiro.

2.1.2.1 PLEBISCITO

Expresso no artigo 14, inciso I, da Constituição Federal, é o primeiro dos instrumentos de Democracia direta posto à disposição do povo. É uma espécie de consulta popular que se verifica antes de ser tomada uma decisão; assim, o cidadão se manifesta favorável ou contra uma questão política, com reflexo em toda sociedade, gerando um efeito vinculante para as autoridades, conforme o seu resultado.

A Carta Magna disciplina que o plebiscito dar-se-á "nos termos da lei" (caput do art. 14). Assim, o legislador constitucional disciplinou que, mediante lei ordinária convoca-se o plebiscito para decidir sobre algum tema. Apesar de não ter sido delimitado, a doutrina entende que se refere

apenas a temas de relevante interesse nacional.

Em 1993, houve o plebiscito para decidir sobre que forma de governo seria adotada no Brasil, se continuava com a República ou se mudava para a monarquia, e qual o sistema de governo, se continuava com presidencialismo ou se mudava para o sistema Parlamentarista. Tal plebiscito já estava previsto pelo legislador constituinte originário, no artigo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Além dos artigos citados acima, a Constituição Federal também trata sobre plebiscito no art. 49, XV, que dá competência exclusiva ao Congresso Nacional para autorizar referendo e convocar plebiscito. Institui, também, o plebiscito territorial, usado para a criação de Estado e Territórios Federais (art. 18, §3º) e para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (art. 18, §4º), sendo a Justiça Eleitoral responsável pela organização do plebiscito.

Fávila Ribeiro observa que a Justiça Eleitoral deve verificar a legalidade de tais atos. É o que pode se verificar na transcrição abaixo:

> É precisamente nessa etapa que esponta a competência da Justiça Eleitoral para fixar a data da audiência plebiscitária e adotar as providências necessárias à sua efetivação. Não se trata apenas de mera adoção de uma data, como à primeira vista se possa supor, por não ser compreensível fosse deferida uma contribuição de ordem mecânica por órgão de um Poder ao outro. Por outro lado, desde que se trata de uma parcela deliberativa a ser cumprida por um órgão Judiciário, no caso, o Tribunal Regional Eleitoral, deverá este, indispensavelmente, verificar se estão cumpridas as condições consagradas pela ordem jurídica nacional para que possa ser efetivada a consulta plebiscitária.
>
> Possui a Justiça Eleitoral, no particular, campo deliberativo bastante exíguo, tanto quanto reduzido lapso de tempo na dinâmica do processo de criação de município. Mas é dentro desses condicionamentos temporais e de conteúdo que haverá de operar o Tribunal Regional Eleitoral, estritamente no exame de pressupostos de

> legalidade, sem a mais remota intromissão nos aspectos políticos referentes à conveniência ou oportunidade da criação municipal. Não se afigura admissível que um Tribunal emita um ato, sem estar consciente de sua legalidade, reconhecendo-a, ainda que implicitamente.

Todavia, diversos outros assentos deveriam ser plebiscitado, como os que dizem respeito ao meio ambiente, como privatizações de estatais e a reforma agrária.

Acerca deste assunto, o argumento contrário reside na exigência de conhecimentos técnicos para a votação de determinados assuntos, que é brilhantemente resolvido por Benevides (2003, p.152):

> Uma linha de conclusão possível, penso eu, estaria na adoção da distinção já estabelecida na França: a separação entre os objetivos de uma política e os meios (o programa técnico) para realizá-la. De acordo com tal distinção, o plebiscito seria realizado unicamente para decidir sobre os objetivos das políticas públicas; os aspectos técnicos seriam discutidos e deliberados nas comissões do Legislativo. Os objetivos estão, necessariamente, vinculados a princípios, sobre os quais a população deve ser ouvida, como por exemplo: a preservação integral das culturas indígenas, ou o desenvolvimento de uma política de integração dos silvícolas na cultura nacional dominante; e o favorecimento ou o impedimento da colonização da Amazônia, em razão do equilíbrio ecológico.

Assim, verifica-se que o plebiscito pode ser utilizado para consultas sobre qualquer questão de interesse público, não precisando ter, necessariamente, feição normativa.

2.1.2.2 REFERENDO

No Brasil, uma das experiências de referendo aconteceu no governo de João Goulart, em 1961. Nesse período, o Congresso Nacional aprovou

a Emenda Constitucional nº 4, que garantiu a posse do Presidente Goulart, mas instituiu o Parlamentarismo no país. Dois anos depois, a população foi consultada sobre a manutenção do regime parlamentarista ou o retorno do regime presidencialista. Assim, em janeiro de 1963, foi realizado um referendo, no qual os eleitores responderam pelo retorno ao Presidencialismo.

No dia 23 de outubro de 2005, o eleitorado brasileiro respondeu, através da urna eletrônica, se o comércio de armas e munições deve continuar existindo no país ou, ao contrário, se esse comércio deveria ser proibido.

Este foi o segundo referendo realizado no Brasil e o primeiro do mundo em que a população foi consultada sobre o desarmamento.

A proibição do comércio de armas já consta no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), mas somente com o referendo esse ponto da lei teria validade.

A aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Decreto Legislativo sobre o referendo (por 258 votos a favor e 48 contra) ocorreu no dia 6 de julho de 2005, e a promulgação, pelo Congresso Nacional, foi feita no dia 7 de julho de 2005.

Como, no país, 59.109.265 eleitores (63,94%) decidiram pelo NÃO, a comercialização de armas e munições continua. O SIM obteve a preferência de 33.333.045 eleitores (36,06%).

A Lei 9.709/98 define plebiscito como convocação com anterioridade de ato legislativo ou administrativo, cabendo aos eleitores aprovar ou desaprovar o que lhes tenha sido submetido; já o referendo será convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou desaprovar o que lhe tenha sido submetido.

Acerca da diferença entre esses institutos, aduz, com acuidade, Benevides (2003. 132 e 133):

> Independentemente do que foi definido na Constituição brasileira de 1988, parece-me razoável reiterar, brevemente, o que distingue, a meu ver, referendo e plebiscito. Referendo concerne unicamente a atos normativos, de nível legislativo ou de ordem constitucional. Plebiscito, por sua vez, concerne a qualquer tipo de questão de interesse público (como políticas governamentais) e não

> necessariamente de natureza jurídica, inclusive fatos ou eventos. Além disso, referendo é após a edição de atos normativos, para confirmar ou rejeitar normas legais ou constitucionais em vigor. O plebiscito, ao contrário, significa uma manifestação popular sobre medidas futuras – referentes ou não à edição de normas jurídicas.
>
> Essa distinção é importante porque, dentre as Constituições contemporâneas que admitem formas de democracia semidireta, a brasileira é original ao confirmar os dois institutos – plebiscito e referendo -, aparentemente sinônimos. E em todos os países, o único caso sobre o qual não se conhece polêmica jurídico-semântica é o da utilização do termo plebiscito para consultas populares, às populações interessadas, sobre questões territoriais e de autodeterminação dos povos. São, sem dúvida, plebiscitos, cujo resultado implica a adoção de novas determinações de geopolítica.

Ainda sobre o referendo é necessário fixar-se que o mesmo deve ter caráter vinculante e não ser meramente consultivo, uma vez que as consultas são desempenhadas através dos plebiscitos.

Forte nas lições de Benevides (2003, p.135):

> A questão que se coloca, a meu ver, é a percepção de que tais consultas - de resultado "indicativo" – devem ser entendidas como plebiscitos (na definição aqui adotada) e não como referendos. Aliás, a França e os Estados Unidos não utilizaram o termo plebiscito e, portanto, o adjetivo "consultivo" é compreensível.
>
> Ora, independentemente da omissão do texto constitucional brasileiro sobre o tema, creio razoável estabelecer que os referendos devem ter, sempre, caráter vinculante. No caso contrário - de consultas sobre decisões futuras que poderão, ou não, ser implementadas, fora do contexto normativo – tratar-se-ia de plebiscitos, e não referendos. Neste sentido, uma votação em

> referendo sem consequências jurídicas e políticas é uma contradição nos termos.

Assim, sem o caráter vinculante do referendo, o mesmo se esvaziaria.

Quanto às matérias que devem ser referendadas pelo povo, verifica-se que não deve haver qualquer limitação, observando-se o âmbito territorial dos mesmos e a soberania popular, conforme leciona Benevides (2003, p. 139 a 141):

> O que se pode concluir, para o caso brasileiro, abstraindo-se da constatação de que tudo será ainda objeto de regulamentação em lei complementar?
> A meu ver, dois pontos devem ser enfatizados, um de procedimento, de ordem prática; outro, de princípio.
> [...]
> Na atual Constituição brasileira, a consulta sobre forma de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) é de âmbito nacional, mas as questões territoriais abrangem apenas as populações diretamente interessadas.
> É igualmente evidente que, se o princípio da teoria democrática repousa na soberania popular, esta pressupõe não apenas capacidade de decisão do povo, como também possibilita de conhecimento da questão em causa. Aí, a distinção entre consultas nacionais e locais é da maior importância, sobretudo em países de vastas dimensões territoriais. No plano regional ou local, é claro que o eleitorado terá maiores condições para conhecer, participar e julgar (aliás, era essa a perspectiva de Rousseau, ao defender a viabilidade democrática apenas nos pequenos – Estados - e era essa, também, a realidade de seu tempo).
> [...]
> De qualquer modo, a soberania popular, constitucionalmente definida, é sempre uma soberania regrada. O próprio soberano se autolimita, quanto a questões de fundo ou de forma. Mas, para que essa autolimitação seja autêntica – notadamente

> quanto a questões de fundo -, é necessário que o próprio povo, soberano, a tenha aceito, explícita e diretamente, por meio de referendo à Constituição. Ou, então, teria sido necessário que a eleição dos constituintes tivesse sido feita com outorga expressa de poder para votar, livremente, tais ou quais limitações ao sufrágio popular.

Assim, os projetos de lei orçamentária, as leis tributárias, a aprovação de convenções internacionais, a legislação sobre partidos políticos, sobre a educação e sobre as eleições, dentre outras deveriam ser referendadas pelo povo. Além disso, qualquer emenda à Constituição deveria passar pelo crivo popular.

Neste sentido, Comparato, apud Benevides (2003, p. 148):

> Havendo a Constituição de 1988 admitido o exercício direto da soberania popular como princípio, a sua exclusão, para as emendas e a revisão, dependeria de uma norma explícita. Como esta não existe, deve-se concluir que toda e qualquer reforma da Constituição pode ser ratificada – como também iniciada – pelo voto popular. Seria, no entanto, da maior conveniência que esse princípio constitucional implícito fosse declarado e regulado por meio de lei complementar (1990).

Outros assuntos relacionados com a proteção dos direitos humanos, do direito ambiental, penal e principalmente referente à prestação de contas de uso do dinheiro público precisariam ser referendadas pelo povo, para que com isso possa ser avaliada a ação dos governantes de forma contínua e não só de quatro em quatro anos.

Sobre os direitos humanos, ressalta Benevides (2003,151):

> É importante deixar claro, finalmente, que em sociedades tão marcadas por desigualdades, em todos os planos – econômico, social, político, cultural -, além da discriminação racial e sexual, os direitos humanos não podem ser entendidos apenas como direitos individuais ou direitos das minorias,

> embora também o sejam (e assim são, geralmente, entendidos nos países desenvolvidos). No Brasil, a defesa e a garantia dos direitos humanos diz respeito à imensa maioria da população; a democracia efetiva seria, portanto, a garantia e a proteção dos direitos da maioria contra os privilégios de uma minoria, autocrática e oligárquica.

Além disso, devem ser referendados os projetos que envolvam os interesses corporativos dos parlamentares e membros do Executivo, como, por exemplo, o aumento do salário dos mesmos e demais verbas e privilégios que têm direito.

Nesse sentido, preleciona Benevides (2003, p. 154):

> Outro tipo de questão que deveria ser submetida a consulta popular obrigatória diz respeito à legislação que beneficia, diretamente, os próprios legisladores. A realização de referendo popular obrigatório vem ao encontro da necessidade da superação da "deliberação em causa própria", vício apontado por todos aqueles que se preocupam com a democratização da representação parlamentar. Com exemplos podem ser citados os projetos referentes a aumentos de vencimentos e demais vantagens, incluindo-se, como no caso brasileiro, o privilégio das carteiras de aposentadorias, com fundos públicos, com apenas oito anos de mandato.

Diante do exposto, verifica-se a urgência da aplicação concreta de tais instrumentos no regime democrático nacional como forma de coibir os abusos acima citados, pois o povo deve aprovar o que seus representantes receberão para que os governantes e parlamentares trabalhem para o bem comum e não para atender os seus próprios interesses.

2.1.2.3 INICIATIVA POPULAR

A iniciativa popular é um meio de iniciativa legislativa conferida a todos os cidadãos e como o Referendo e o Plebiscito, são modos de exercício da soberania popular, conforme artigos 1º, parágrafo único, e

14 da Constituição Federal. Porém, terá que ser subscrito por no mínimo 1% do eleitorado nacional, cujas assinaturas deverão ser arrecadadas em cinco Estados brasileiros, com o percentual mínimo de três décimos por cento do eleitorado de cada um deles, conforme preceitua o art. 61, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Destaca Benevides (2003, p. 130):

> A iniciativa popular legislativa está prevista na nova Constituição em três níveis: municipal, estadual e federal. Pelo artigo 29, inciso XI, institui-se "a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado". De acordo com o artigo 27, inciso IV, " a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual". No plano federal, que inclui participação em leis complementares ou ordinárias, "a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles" (art. 61, parágrafo 2º).

Necessário ressaltar que o princípio da iniciativa popular ainda confere competência à determinada Casa Legislativa para primeiramente analisar projetos de lei quando estes emanarem de certos segmentos como o Presidente da República, Superior Tribunal Federal, tribunais superiores e dos cidadãos. Neste caso, os arts. 61, parágrafo 2º e 64, da Constituição de 1988, privilegiam a Câmara dos Deputados com a deliberação principal e conferem ao Senado a deliberação revisional.

Quanto ao objeto das iniciativas populares, assevera Benevides (2003, p. 140):

> Em relação à iniciativa popular parece-me ainda mais evidente que nenhum argumento sólido possa ser levantado para restringir o âmbito temático. Além da discussão teórica sobre a soberania, já

> existe suficiente interesse da população em ver a questão debatida e votada, pois pressupõe um processo de campanha e coleta de assinaturas bastante complexo. Em segundo lugar, trata-se de uma iniciativa, e não de uma decisão; a questão em causa só será deliberada após o debate na instância parlamentar.

Entretanto, a Constituição não admite a possibilidade de iniciativa popular sobre matéria constitucional, uma vez que no art. 60 reza que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta do Presidente da República, do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas, tirando do povo o poder de emendar a Constituição.

Mas, isso pode ser mudado através da exigência feita pelos cidadãos de alterações nos dispositivos constitucionais que impedem a democracia direta.

Mas quem deve informar o povo de tal possibilidade? Deveria ser desempenhada pelos partidos políticos, mas estes geralmente não servem ao povo e sim aos seus representantes. Então, a quem resta essa função dentro desse Estado Democrático de Direito dividido em três poderes? O Legislativo e o Executivo certamente não teriam interesse dentro do cenário atual. Restando ao Poder Judiciário, no caso representado pela Justiça Eleitoral, a função de informar ao povo a funcionalidade das leis e dos institutos de democracia direta. O Estado-Juiz não pode deixar que a mídia continue a ser controlada por interesses da classe dominante. Só ele tem isenção para falar a verdade constitucional, principalmente quando se trata de eleições.

É preciso não só aplicar a lei e a Justiça ao caso concreto, é preciso pensar a Justiça em busca do equilíbrio social e o Poder Judiciário já contribuiria muito se simplesmente informasse a população.

Não se prega aqui controle da imprensa, mas que haja um espaço para pronunciamento dos membros do Poder Judiciário explicar ao povo os seus direitos, deveres e também as falhas e as alterações necessárias nas leis. Quem mais que os aplicadores do direito poderiam identificá-las e informá-las ao povo para que este tome as providências que julgar cabíveis.

Nesse sentido, assinala Fávila Ribeiro (1990, p. 133):

> A Justiça Eleitoral convenceu e está consolidada na organização política brasileira, estando equipada com empório diversificado de atribuições, o que lhe confere muita versatilidade, em atos típicos executivos, jurisdicionais e normativos, adotando as medidas que se fizerem necessárias para o respeito à escorreita vontade do povo, comprovando a autenticidade da ordem democrática estabelecida. E o êxito da missão da Justiça Eleitoral se amplia e ganha maiores lastros históricos quanto mais se dispuser a sair da inércia, tendo que entrar em campo, por seus próprios impulsos, se outros faltarem, para evitar o envilecimento da disputa eleitoral, cumprindo assumir posição preventiva e mais espontânea, não deixando conspurcar a vontade do eleitorado, pelas formas ardilosas, sofisticadas e também mais ousadas, aumentando, assim, o desafio que lhe assiste enfrentar, com o ânimo combativo e dignificante desempenho.

O Poder Judiciário também é Estado e como representação deste deve colaborar para a melhoria de seus dispositivos constitucionais e legais, devendo seu compromisso maior ser em relação ao bem-estar do povo.

Vale ressaltar, também, que a participação do Ministério Público é essencial, pois se o Judiciário tem o dever de informar, o Ministério Público tem a função de agir para coibir desmandos através das ações eleitorais, de improbidade administrativa, penais e civis públicas, dentre outras.

A Justiça Eleitoral também poderia viabilizar um dos entraves da iniciativa popular que é o recolhimento de assinaturas que poderiam ser feitas nos cartórios eleitorais. Assim, os elaboradores poderiam requerer que a Justiça Eleitoral recebesse as assinaturas e as enviassem aos elaboradores do projeto.

Aliás, se todos os estudantes de Direito tivessem como requisito para conclusão de curso de graduação e pós-graduação a participação na elaboração ou assinatura em um projeto de lei, teríamos operadores do Direito mais conscientes de seu papel na sociedade.

A iniciativa popular é um dos principais mecanismos para evolução da democracia neste país, pois através dela pode-se haver a conjugação

dos demais institutos, pois além de iniciar o projeto de lei, o povo poderia exigir que ele também seja, após aprovado pelo Congresso Nacional, referendado. Assim, verificar-se-ia a soberania popular e a verdadeira democracia.

2.2 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO FORMA DE CONCILIAR A DEMOCRACIA DIRETA E A INDIRETA

É preciso resgatar os valores democráticos da teoria clássica que se perderam durante os séculos que separam a democracia das cidades gregas e a sociedade atual, pois o que se verifica é que a humanidade ao invés de evoluir no campo democrático, fez foi regredir a mera representatividade, uma vez que a democracia indireta é a que prevalece.

Rosenfield (2003, p. 27) traz a distinção entre o modelo atual e a democracia direta clássica:

> Vê-se aqui mais claramente a distinção entre esta instituição moderna e a "forma de governo" democrática no sentido clássico, pois esta pertence aos cidadãos livres reunidos em praça pública segundo normas criadas coletivamente e reconhecidas por todos, enquanto aquela coloca-se acima dos indivíduos, regulando-lhes a vida privada e pública.

Entretanto, o que se pretende não é retornar especificamente ao modelo das cidades gregas antigas, mas conciliar a democracia representativa com a democracia direta que agora apresenta uma nova roupagem, mais ligada à fiscalização e participação direta do povo no governo de seu país, não excluindo, assim, a representatividade, o que é forte nas lições de Bobbio (2004, p. 65):

> Exatamente porque, entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um *continuum* de formas intermediárias, um sistema de democracia integral as pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isso porque são perfeitamente

> compatíveis entre si, posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. Isto implica que, de fato, democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias, mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes.

Essa integração evitará desmandos e servirá como controle da legislação pátria, que poderá ser feita através da aplicação de institutos presentes no art. 14, da Constituição Federal, que são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Conforme leciona Benevides (2003, p. 15):

> Isso significa, no presente estudo, a agregação de referendo e/ou plebiscito e iniciativa popular legislativa aos direitos políticos já garantidos nas eleições para cargos executivos e legislativos. Trata-se de conceber a participação política no sentido mais abrangente: a eleição, a votação e a apresentação de projetos.
>
> A votação inclui questões colocadas por referendo ou plebiscito (que, malgrado uma certa confusão terminológica, implicam sempre a expressão da opinião ou da vontade dos cidadãos). A apresentação de projetos de lei referente-se à iniciativa popular legislativa – o que inclui um processo bem mais amplo, desde a elaboração e subscrição popular até a votação.
>
> A complentariedade entre representação tradicional (eleição de representantes no Executivo e no Legislativo, principalmente) e formas de participação direta (votação em questões de interesse público) configura um sistema que pode ser denominado de democracia semidireta. Segundo seus defensores, tal sistema é bem-

> sucedido quando propicia equilíbrio desejável entre a representação e a soberania popular direta; o Parlamento divide com o povo o poder constituinte (no caso da possibilidade de emendas e de referendos constitucionais) e o Poder Legislativo. As autoridades estão, efetivamente, sujeitas ao controle e ao veredito do povo.

Diante do exposto, torna-se nítida a verificação de que não há democracia sem representatividade nem sem participação popular direta, sendo que uma complementa a outra, já que um Estado precisa de representantes eleitos pelo povo e também que, quando estiver em jogo matéria de interesse público relevante, seja-lhe dado o direito de decidir, contribuindo para a harmonia do Estado e equilíbrio do regime democrático.

3. A EFETIVA APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA DIRETA

A implantação de uma democracia direta não é uma tarefa fácil, na verdade é uma verdadeira batalha que enfrentará inimigos poderosos que são aqueles que se beneficiam dessa forma representativa, a qual é passivamente aceita pelos cidadãos que, em face das dificuldades que precisam enfrentar para sobreviver, não se dão conta de que são manipulados de forma a não ter um pensamento coletivo, uma preocupação com os demais, e sim com valores individualistas que o aparato estatal procura manter, principalmente, na forma de educação que é oferecida à população, baseada em métodos anacrônicos, e da burocracia de todo o sistema público.

Neste sentido, leciona Rosenfield (2003, p. 20 e 21):

> [...] A passividade política observada nos Estados modernos é ela mesma decorrente do predomínio crescente dos valores individualistas de uma sociedade regida pela ideia do bem-estar material e do medo de enfrentar-se a um Estado poderoso cujos tentáculos tendem a controlar a vida de cada um. [...] Uma administração situada fora do processo de decisão política permanece à margem do que é público, ou seja, a burocracia estatal

> apropria-se dos mecanismos reguladores da vida social e econômica sob uma forma que se pretende imparcial, como se a democracia fosse um simples ritual eleitoral.

Em face do exposto, o trabalho desenvolvido pela própria Justiça Eleitoral para a garantia de um processo transparente perde seu sentido, pois apesar de parecer um paradoxo, a informatização das eleições, a celeridade dos processos eleitorais esvaziam-se com o descrédito e a decepção por que passam a população que esperando mudança, acaba por verificar que só mudou o nome do dirigente eleito, mas a forma de governar continua a mesma, chegando muitas vezes a piorar e diante da apatia proporcionada, o voto perde seu valor.

Corroborando com esta assertiva, leciona Rosenfield (2003, p. 21) que "O direito de voto, apesar de ser uma das mais importantes conquistas operárias do século XIX, pode tornar-se um simples ritual, deixando intacta a estrutura política e social se ele não vier acompanhado de outras formas de intervenção política".

Assim, o que nos proporciona hoje essa democracia representativa é uma esperança remota de que a cada eleição o povo poderá escolher a pessoa certa e retirar os corruptos do poder. Entretanto, tudo se repete, pois o escolhido geralmente se corrompe e aqueles que têm boas intenções e ideias são oprimidos pela maioria capitalista que esquece dos eleitores que lhe confiou a carta branca, que representa o mandato eletivo, ficando o povo alheio às decisões que têm repercussão direta em suas vidas, não tendo controle direto das decisões econômicas e financeiras do país.

Como leciona Rosenfield (2003, p. 24 e 25):

> Embora o sufrágio universal tenha-se tornado uma realidade nas democracias ocidentais (ou está se tornando naqueles países que transitam para a democracia), embora diferentes formas legislativas tenham-se aperfeiçoado, não é menos verdadeiro que as decisões que dizem diretamente respeito à vida nacional são frequentemente tomadas sem nenhuma consulta popular. A política fiscal, econômica e financeira permanece, sob a forma de um saber esotérico e do controle de informações - como vemos cotidianamente num país como o

> nosso -, fora dos processos democráticos de tomada de decisões e é executada à margem do controle legislativo.

Há quem defenda a ideia de que o povo não saberia votar diretamente em projetos de lei. Entretanto, não se exige capacitação técnica como requisito para o registro dos candidatos que depois de eleitos deverão decidir o futuro da nação, sendo muitas vezes evidente o despreparo dos mesmos, que necessitam geralmente nomear assessores, que são quem realmente elaboram os projetos de lei por eles apresentados. Se é atribuída ao povo capacidade para escolher seus representantes, se ele deve ser capaz de enxergar as qualidades de uma pessoa, julgando-a como a melhor, como não teria capacidade de dizer sim ou não a uma proposta de orçamento, por exemplo, se a grande maioria tem que se tornar verdadeiros economistas para conseguir sobreviver com o baixo salário que recebe e a pesada carga tributária de que é vítima. Não é difícil, não é impossível votar diretamente.

3.1 O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA NA APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA DIRETA

A Justiça Eleitoral desempenha importante papel para a realização da democracia, pois é o órgão do Poder Judiciário responsável pela organização de todo o processo eleitoral, aplicando a legislação eleitoral e garantindo a lisura das votações.

Hoje, não há como realizar um processo democrático justo sem a intervenção da Justiça Eleitoral, que com todos os avanços tecnológicos que apresenta é capaz de viabilizar a aplicação da democracia direta no Brasil, elidindo a ideia de que não há como reunir todo o povo para discutir e votar as questões públicas, sendo essa a justificativa criada para implantar a democracia representativa.

O que se pretende provar aqui é que essa justificativa não serve mais para suplantar os ideais democráticos, uma vez que com as novas tecnologias e o fácil acesso à informação proporcionada pelos meios de comunicação é possível que o povo possa, não se reunir em um só local para discutir e votar nas melhores soluções para os problemas que atingem a todos, mas se os mecanismos de comunicação forem usados de forma correta os debates poderiam tornar-se algo constantes na vida dos cidadãos.

Entretanto, um grande problema precisa ser sanado para se evitar a alienação proporcionada pela mídia, o que basicamente reside no fato dos meios de comunicação de massa encontrar-se nas mãos da classe dominante, geralmente ligada a políticos.

Neste sentido, leciona Paulo Bonavides (2003, p. 48 e 49):

> Obviamente, não há democracia sem povo. Tampouco haverá povo enquanto perdurar o "fascimo social" dos meios de comunicação, enquanto estiverem estes debaixo da tutela da elite governante, enquanto não purificarem as águas do poder, enquanto os donatários das capitanias da recolonização formarem, com a força do seu patronato, a suposta opinião pública.
>
> A expropriação dos sobreditos meios, retirados à jurisdição de uma elite depravada, e sua recondução aos fins que lhe foram traçados pela legitimidade constituinte dos autores da Carta Magna, se nos afigura a condição *sine quan non* de uma democracia participativa do povo governante e da nação alforriada.

Diante do exposto, verifica-se a importância das propagandas veiculadas pelo Tribunal Superior Eleitoral durante o período das campanhas eleitorais, face ao seu caráter informativo e conscientizador, explicando ao povo que não venda seu voto, que tal prática constitui crime eleitoral, além de informar como no período do Referendo de 2005, o que o mesmo significava, usando uma linguagem de fácil entendimento.

Assim, como forma de amenizar a influência que a mídia exerce sobre a opinião pública neste país, uma solução seria a veiculação cada vez maior de propagandas da Justiça Eleitoral que, sem direcionamento partidário, informe ao povo os seus direitos enquanto cidadão, dentro dos moldes expressos na Constituição e nas leis, para se coibir os abusos. Entretanto, essa prática deve ocorrer constantemente e não só no período das eleições.

Como prova da influência da mídia e do poder conscientizador dessas propagandas veiculadas pela Justiça Eleitoral, basta verificar que no ano em que não há eleições, o comparecimento dos eleitores aos Cartórios Eleitorais é bastante reduzido, mas assim que se começa a veicular a

propaganda, as filas são uma constante nos referidos cartórios em todo o país.

O cidadão, o eleitor, tem carência de conhecimento e essas informações devem ser dadas pela Justiça Eleitoral que é responsável pela organização de todo o processo democrático, com lisura, sem tendenciamentos partidários, dentro dos ditames legais. Esse papel, ela já vem desenvolvendo e tem surtido efeito.

A Justiça Eleitoral já desempenha esse papel conscientizador, mas é preciso ampliá-lo, pois para garantir um processo eleitoral justo é preciso informar o povo, através de campanhas educativas sobre seus direitos e sobre os mecanismos garantidores da soberania popular, tanto na forma representativa quanto nas formas de participação direta, permitidos pela Constituição Federal como plebiscito, referendo e principalmente iniciativa popular.

A falta de informação sobre o Direito Eleitoral neste país é mais uma evidência do descaso e da falta de interesse político para que o povo utilize os mecanismos de democracia direta. Assim, chega-se à conclusão de que os operadores do direito deste país, em sua maioria, não têm conhecimento sobre Direito Eleitoral. Prova disso, é o número reduzido de doutrinadores nesta área tão essencial ao Direito e à Justiça.

Tudo isso não é por acaso. Desse jeito fica mais fácil para a mídia controlar a opinião pública.

Em complementação, assevera Paulo Bonavides (2003, p. 49):

> Se não resolvermos o problema da mídia não resolveremos jamais o problema da democracia neste país. Todo regime constitucional que se estabelecer sem a efetiva participação do povo em grau de soberania será tão-somente formalismo, simbolismo, nominalismo; nunca realidade, fato, substância.
>
> Soberano o povo há de ser unicamente nas circunstâncias de nosso tempo, se não ficar defraudado do controle da legitimidade dos referidos meios, por onde a liberdade nasce, se exprime e se propaga até deitar raízes profundas no solo da consciência pública.

Diante do exposto, verifica-se a importância do uso pela Justiça Eleitoral de maior espaço nos meios de comunicação para que possa divulgar os direitos dos cidadãos, explicando os institutos garantidores de sua soberania e viabilizando o uso de meios processuais, como o direito de resposta, até mesmo de ofício, para se evitar a ludibriação do povo quanto a assuntos constantes em lei, além da penalização dos responsáveis pelo uso dos meios de comunicação para veiculação de campanhas extemporâneas, visando a beneficiar determinado candidato.

A Justiça Eleitoral também deve ser responsável pela convocação de plebiscitos e referendos, uma vez que não se pode deixar a cargo dos representantes do Executivo ou do Legislativo fazê-la para se evitar o que se presencia, atualmente, que é o não uso dos mecanismos constitucionais de democracia direta presente na Constituição, pois os políticos não têm interesse do controle de seus atos que esses institutos podem proporcionar.

Com precisão e acuidade, posiciona-se Benevides (2003, p. 161 e 162) no mesmo sentido:

> Assim como as eleições para o Executivo e o Legislativo, os modos de intervenção direta da população na atividade política decisória integram o processo de aferição da vontade popular – estão, portanto, igualmente submetidos ao controle jurisdicional. No Brasil, o órgão do Judiciário encarregado desse controle, em matéria eleitoral (o que inclui votações em consultas populares), é, justamente, a Justiça Eleitoral. Nesse sentido, independentemente do que foi estabelecido no texto constitucional, defende-se aqui que caberia à Justiça Eleitoral – dentro da lógica democrática – a competência específica para convocar referendo e plebiscito.
>
> O risco de equívocos entre os interesses de quem convoca e a vontade de quem vota pode existir, também na atribuição de convocação à Justiça Eleitoral. Sua competência e seus procedimentos podem, eventualmente, ser alvo de questionamento na forma de propostas de referendo. A dúvida procede, mas uma premissa conceitual e funcional prevalece: a competência para a convocação não

> decorre de um poder arbitrário ou discricionário. O órgão encarregado de convocar as consultas populares não têm liberdade para convocar ou deixar de convocar – sua margem de decisão depende, apenas, da avaliação dos pressupostos legais para a convocação, pressupostos esses que devem ser respeitados. Esta é, justamente, a garantia da legitimidade e independência das ações do Poder Judiciário e, neste, da Justiça Eleitoral. O argumento contrário à convocação por este órgão, no sentido de que também poderia ser "suspeito" de interesses próprios na questão referendaria em causa, carece de especificidade. É que a Justiça Eleitoral pode, igualmente, ter "interesses" (através dos juízes de carne e osso) quando do julgamento de problemas eleitorais e partidários – e ninguém pensa em aboli-la.

Assim, verifica-se o papel fundamental da Justiça Eleitoral para viabilizar a aplicação da democracia direta, pois como órgão do Poder Judiciário deve prezar pelos princípios da imparcialidade, da igualdade e do devido processo legal eleitoral.

Neste diapasão, conclui com brilhantismo Benevides (2003, p.163):

> O texto constitucional brasileiro se refere à convocação de plebiscito e à autorização de referendo, como competência exclusivas do Congresso Nacional (art. 49, XV). À falta de explicitação deve-se entender que a liberação do Congresso é, aí, sempre majoritária – se não de seus membros, pelo menos dos votantes.
>
> Mas convocar não é autorizar (a convocação, obviamente). Convocar é chamar, fazer reunir. Quem convoca pode ser mero instrumento de uma vontade maior, o executante de uma ordem ou deliberação de se fazer uma reunião, ou de se proceder à eleição, por exemplo. Nesse sentido entendo que pode haver iniciativa popular vinculante para a realização de plebiscitos – mas não para referendos. Em relação a estes, a iniciativa

> popular poderá apenas obrigar o Congresso a deliberar sobre se dá ou não autorização da consulta popular.
>
> O que se conclui, portanto, é que – tanto para a iniciativa popular, quanto para as propostas que incluem a participação da Justiça Eleitoral e do Parlamento – está em causa a aferição mais adequada da vontade popular. Se tais mecanismos são criados justamente como formas de correção política tradicional, qualquer proposta no sentido de dificultar e, eventualmente, bloquear a participação popular revela-se contra o espírito dos próprios instintos.

Observa ainda a referida autora que "essa discussão abrange, apenas, a convocação em plano federal, uma vez que, nos planos estadual e municipal, a Constituição definiu as competências para os constituintes estaduais e a lei orgânica municipal" (2003, p.163).

Assim, além dos mecanismos já instituídos, presentes na atual Constituição, é necessário implementar outros, bem como aprimorar a legislação eleitoral.

A Justiça Eleitoral brasileira já provou, através da evolução apresentada com a substituição da votação manual pela votação eletrônica, que proporciona rapidez e quase imediatividade nos resultados das eleições, que é capaz de gerenciar o exercício da democracia direta. Faltando, apenas, o que é mais difícil de se encontrar neste país, que é vontade política. Assim, evidencia-se as contradições da representatividade hoje vigente, pois ao invés de agilizar o processo democrático, ela o impera, o abomina e o dificulta, enquanto dezenas de projetos necessários à população, são engavetados todos os dias no Congresso Nacional.

Verifica-se, então, que chegou a hora de concretizar a democracia, a soberania popular e consolidar o governo do povo, feito pelo povo e para o povo, vitalizando o processo eleitoral que, apesar de ágil e moderno, não consegue atingir o fim para que foi proposto, pois a vontade popular não condiz com os desmandos dos governantes eleitos, sendo imprescindível que o povo assuma seu papel de soberano para que se possa eliminar as mazelas que afligem a sociedade brasileira.

3.1.1 OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral, além de desenvolver sua função jurisdicional, também tem um caráter técnico que passou a evoluir a partir da implementação de recursos da informática na realização de seus serviços e nas eleições.

A evolução da informática na Justiça Eleitoral teve início com a apresentação de uma máquina de votar pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais ao Tribunal Superior Eleitoral, em 1978. Já em 1986 houve a informatização do cadastro de eleitores e em 1994, a informatização da totalização dos resultados de Eleições. Já o voto informatizado foi implementado nas Eleições Municipais de 1996 (Paulo Camarão, 1997, p. 43 a 44).

Hoje, proporciona a identificação biométrica dos eleitores, já implantada em alguns Estados.

3.1.1.1 A VOTAÇÃO ELETRÔNICA

A urna eletrônica usada pela Justiça Eleitoral brasileira representa um grande avanço que propicia a eliminação das fraudes que anteriormente prejudicava a democracia, uma vez que eram necessários vários dias para se apurar os votos e os escrutinadores poderiam por cansaço ou intencionalmente contar errado os votos, beneficiando determinado candidato. Assim a urna eletrônica elidiu por completo esse tipo de fraude.

A urna eletrônica foi fabricada visando um controle de qualidade, conforme destaca Paulo Camarão (1997, p. 107):

> A urna eletrônica é um equipamento de processamento de dados para coleta e acumulação de votos. É um equipamento robusto, que utiliza técnicas avançadas de hardware e um software orientado para operar com total segurança do sistema, contra fraudes ou intervenções não autorizadas. Todo o complexo (hardware e software) foi projetado para operar sem falhas, garantindo perfeito funcionamento durante as eleições.

> No seu projeto, levou-se em conta as diversas condições operacionais (climáticas, infraestruturais, falta de familiarização dos mesários com equipamentos de informática, baixo nível de escolaridade de uma enorme gama dos eleitores), a fim de se garantir um processo de votação ágil, de fácil manuseio e sobretudo seguro. Para essa finalidade, o hardware e software foram projetados para assegurar o perfeito funcionamento do sistema.

Com a informatização das votações, a apuração dos votos passou a ser feita pela urna eletrônica quando do encerramento dos trabalhos na própria seção eleitoral, limitando-se a Junta Apuradora a apenas totalizar os votos de todas as seções de determinada Zona Eleitoral, contribuindo para agilizar o processo eleitoral, tornando-o mais eficiente.

Inicialmente, a Justiça Eleitoral através de campanhas veiculadas na televisão e da formação de equipes de divulgadores da urna eletrônica que a levava para escolas, fábricas, supermercados, estádios esportivos e em todos os locais onde estava o eleitor, buscava-se colocar a urna eletrônica para que ele se familiarizasse com a sua utilização.

Em face de todo esse esforço, as primeiras eleições com o uso da urna eletrônica foram um sucesso, tendo sido realmente aceita pelo eleitor.

A votação eletrônica possibilitou também agregações de seções e a diminuição do número de mesários que reduz os gastos, não ao ponto de suplantar o valor gasto com esses equipamentos eletrônicos, mas permite um maior controle das atividades pela Justiça Eleitoral.

Além disso, os gastos com a realização do referendo de 2005 foram bem menos que o gasto com as Eleições de 2004, devido ao grande número de agregações de seções.

Conforme informação do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, a despesa com custeio e investimento executada no Referendo apresentou percentual de 38,69% em relação ao valor executado nas eleições de 2004; já na execução de pessoal foi menor do que a execução nas eleições de 2004, representando apenas um valor de 38,44%.

Diante do exposto, conclui-se que é mais barato a realização de referendos e plebiscitos do que de eleições para eleger representantes.

Entretanto, esse é um gasto necessário, é o preço que se deve pagar

para se viver em um Estado Democrático.

Nesse sentido destaca Benevides (2003, p. 189):

> A questão central, a meu ver, não reside nos custos em si - também muito elevados nas eleições de candidatos -, mas na desigualdade de recursos financeiros, na precariedade de controles democraticamente institucionalizados sobre tais custos e a consequente possibilidade de abuso do poder econômico.
>
> O custo elevado do processo de participação popular não deve ser, portanto, empecilho para a realização de consultas; mas é motivo imperioso para que se exija o maior rigor na regulação de todos os aspectos da campanha, sobretudo o financeiro.

Acerca desses abusos, já foram noticiados grande número de escândalos envolvendo parlamentares e dirigentes políticos, que recebiam quantias altíssimas para votar em determinados projetos de lei de interesse do governo. Se tais denúncias forem verdade, não seria melhor que tais quantias fossem destinadas para a realização de referendo e plebiscitos que favorecem ao desenvolvimento da democracia e da sociedade como um todo.

Outra questão pertinente é o fato, conforme se verificou no Referendo 2005, da realização dessas consultas populares serem menos tumultuadas do que uma eleição, pois sem a interferência dos políticos e de candidatos não trouxe transtornos para a Justiça Eleitoral que não presenciou as verdadeiras guerras judiciais que são travadas entre os partidos durante uma disputa pelo poder.

Até o nível dos debates e das campanhas foram mais educativos, proporcionando conhecimento para o cidadão que está cansado das campanhas eleitorais onde os candidatos só prometem e se promovem como salvadores da pátria.

A procura é tão grande em todo o país pela votação eletrônica que o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou, através de resolução, o empréstimo das urnas eletrônicas para a sociedade civil. Antes, as urnas eletrônicas só eram usadas de dois em dois anos, sendo os tribunais obrigados a ligá-las para testá-las durante esse período, para que não

apresentassem defeitos no momento da votação.

O uso da votação eletrônica para eleições locais já é uma realidade, o que prova que a Justiça Eleitoral pode viabilizar a efetiva aplicação da democracia direta, uma vez que a nível municipal e estadual, o plebiscito ou o referendo de uma lei ou de várias podem ser feitos de forma concentrada uma única vez por ano e não deve necessariamente ocorrer no mesmo período que os outros municípios e Estados também fazem referendo de suas leis, não sobrecarregando a Justiça Eleitoral como ocorre nas eleições para escolha de representantes, que são realizadas na mesma data e ao mesmo tempo em todo o país, o que só ocorreria quando se tratasse de Lei Federal.

Assim, o que se pretende provar aqui é que a votação eletrônica desenvolvida pela Justiça Eleitoral pode viabilizar o exercício da democracia direta no Brasil, não sendo mais o processo eleitoral anacrônico e lento de outrora, motivo para não implementação concreta de instrumentos de democracia direta como o plebiscito e o referendo.

3.2 AS ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As emendas constitucionais deveriam seguir a via do referendo, devendo ser confirmadas pelo povo para evitar os abusos e os propósitos meramente eleitoreiros, como as Emendas 16/1997 e 52/2006, para que se possa transformar a Constituição atual em uma Constituição mais popular.

Conforme leciona Paulo Bonavides (2006, p. 90):

> As Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberana do povo.
> Aqui não se trata de equilíbrio nem de acordo entre os dois braços do poder que, conforme observamos, se vinham defrontando numa pugna história pela supremacia política: a monarquia abalada e a democracia ascendente.
> Tendo se afirmado vitorioso o princípio democrático,

> a Constituição surge a seguir por obra de uma assembleia constituinte (Convenção), que primeiro submete por via do *referendum* à apreciação soberana do povo o projeto constitucional por ela elaborado. Traduz esse processo a incontrastável hegemonia política das forças populares, que fazem legítimas as bases da nova ordem jurídica e do sistema representativo consagrado pela vontade dos cidadãos.

Entretanto, uma alteração na Constituição que, além de atender ao princípio da liberdade, seria democrático, é a eliminação da obrigatoriedade do voto. Esse tipo de imposição causa apatia no cidadão que muitas vezes vota somente para não pagar multa, já que o valor da referida multa é transmitido aos partidos políticos através do Fundo Partidário.

Outra alteração importante seria a que possibilitasse que propostas de emendas à Constituição pudesse ser feita através da iniciativa popular, o que contribuiria para o aprimoramento do instituto.

Assim, o que se quer é caminhar para a evolução da Constituição atual através da aplicação, principalmente nas emendas constitucionais, de instrumentos da democracia direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

3.3 AS ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

Ao Direito Eleitoral brasileiro integram princípios e normas que regulam a aquisição, o exercício e a perda dos direitos políticos, bem como os que disciplinam a criação dos partidos políticos e o acesso ao poder pelo voto. Estas normas e princípios encontram-se disciplinados na Constituição Federal e em normas extravagantes, complementares e ordinárias, bem como em resoluções.

Dentre elas, cita-se a Lei 4737/65 que institui o Código Eleitoral, a Lei Complementar 64/90, que trata de inelegibilidade, a Lei 9504/97 (Lei das Eleições), a Lei 9.709/98, que trata de Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular e a Lei 9096/95, sobre os partidos políticos.

Dentre as alterações necessárias na legislação eleitoral é preciso que

as eleições não ocorram mais aos domingos, uma vez que este é o dia de descanso do cidadão. No Brasil qualquer motivo serve para instituir feriado, até um jogo de futebol, mas as eleições têm que se realizar no dia de lazer da população. Será que é para que o povo não queira votar ou vote em qualquer um? É bastante provável, o ideal é que as eleições sejam por períodos, podendo o eleitor dentro daquele prazo comparecer ao local de votação para votar. Entretanto, isso só será possível quando houver terminais de votação fixos a exemplo dos caixas eletrônicos dos bancos.

Outra alteração necessária é a extinção dos privilégios e repasses do fundo partidários para os partidos, pois esse dinheiro seria bem mais útil se aplicado na viabilização da utilização dos mecanismos de democracia direta.

Além disso, é necessário um aperfeiçoamento do Código Eleitoral haja vista o mesmo não ter acompanhado a evolução tecnológica da Justiça Eleitoral.

3.4 O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL

Apesar das alterações necessárias na Constituição e na Legislação Eleitoral, que faz parte de um processo evolutivo, evidencia-se que dentro da conjuntura atual é possível viabilizar a aplicação da democracia direta.

Entretanto, os mecanismos de democracia direta presentes na Constituição ainda não são usados. Se a Justiça Eleitoral oferece os meios, o que falta? Infelizmente, falta vontade política, conforme preleciona o ilustre professor Dallari (2005, p.153):

> No momento em que os mais avançados recursos técnicos para captação e transmissão de opiniões, como terminais de computadores, forem utilizados para fins políticos será possível a participação direta do povo, mesmo nos grandes Estados. Mas para isso será necessário superar as resistências dos políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes.

Assim, necessário se faz proclamar que democracia direta e efetiva pode ser viabilizada pela Justiça Eleitoral. No entanto, é necessário também que os demais poderes Legislativos e Executivo também estejam

dispostos a colaborar, o que não se evidencia.

Restando, assim, à sociedade civil exigir de seus representantes que lhe devolva a sua soberania, o seu poder de decisão.

Mas, para isso, é preciso que a sociedade mude os costumes que a leva à submissão e à obediência a políticos inescrupulosos.

Registra, com precisão, Benevides (2003, p. 193 e 194):

> A tradição brasileira não é, certamente, para dizer o mínimo, de acentuado apego às virtudes políticas e, muito menos, de amor à igualdade. Nosso "feudalismo achamboado" – na expressão de Euclides da Cunha – afirmou, desde sempre, com solidez e crueldade, uma desigualdade fundamental. Desigualdade fundada não na estirpe (afinal, nossa "aristocracia" jamais teve reconhecidas origens históricas), mas na propriedade, no grande domínio rural que não podia subsistir sem a escravidão e vice-versa. A abolição da escravidão não introduziu o princípio da igualdade nas relações sociais e econômicas. Ao contrário, a dominação rural transportou-se para as cidades, passando a permear todas as relações sociais, econômicas, políticas e culturais. Tudo isso é conhecido – e já foi assaz discutido e analisado por tantos quantos pretenderam entender os obstáculos à remoção das raízes anti-republicanas e antidemocráticas no Brasil.

Todavia, os institutos de democracia direta quando usado corretamente pode propiciar a educação do cidadão, conforme conclui Benevides (2003, p. 198):

> Finalmente, é bom lembrar que a educação política através da participação em processos decisórios, de interesse público – como em referendos, plebiscitos e iniciativas populares -, é importante em si, independentemente do resultado do processo. As campanhas que precedem às consultas populares têm uma função informativa e educativa, de valor inegável, tanto para os participantes do lado

> "do povo", quanto para os próprios dirigentes e lideranças políticas. Para estes últimos, por exemplo, a realização de um referendo pode ser utilíssima como instrumento de informação sobre opiniões ou avaliações acerca de problemas específicos, quanto faz emergir a opinião da minoria, mas uma minoria muito "maior" do que se imaginava. E no caso das iniciativas populares, mesmo quando as propostas não conseguem ser qualificadas para a votação (requisitos formais não cumpridos), o processo todo é, em si, instrumento para a busca da legitimidade política. Possibilita, nas suas diferentes fases, uma efetiva discussão pública sobre as questões em causa, contribuindo, assim, decisivamente, para a educação política do cidadão.

Sendo imprescindível, também, o papel conscientizador da Justiça Eleitoral, para que as dúvidas dos eleitores sejam elididas tanto em relação ao processo eleitoral quanto à matéria que estiver em consulta popular, contribuindo para mudança de mentalidade da população.

Para que o cidadão brasileiro possa agir, reivindicar os seus direitos, saber votar, adquirir consciência política e abominar as práticas abusivas e fraudulentas, criando uma nação verdadeiramente democrática, é preciso antes de tudo que a sociedade civil, através de suas instituições, esteja disposta a lutar, a mudar a situação atual. E isso não se consegue votando em candidatos e sim em ideias que valorizem a educação, que proporcione emprego, saúde, moradia e principalmente dignidade humana a todos.

É preciso que o povo exija que sejam feitos plebiscitos e referendos. É preciso que a sociedade civil se organize e elabore projetos de leis. Enfim, é preciso que a sociedade participe.

4. CONCLUSÃO

Dentre todos os regimes políticos criados pela humanidade, a Democracia é o que mais se coaduna com os ditames da Justiça, em face do poder de decisão que é proporcionado ao povo, chegando-se a um consenso, a um resultado aceitável por todos, quando conseguido através de um procedimento justo.

A Justiça Eleitoral brasileira vem apresentando nos últimos anos avanços procedimentais e tecnológicos bastante significativos na organização das eleições, consolidando a confiabilidade do povo brasileiro, face à agilidade e transparência com que conduz as eleições neste país.

A Constituição Federal, que já conta com mais de 20 anos, lamentavelmente, ainda não foi totalmente concretizada, uma vez que os institutos de Democracia Direta presentes em seu texto não são usados com a constância necessária para que se verifique a soberania popular, uma vez que escolher representantes, sem exercer qualquer tipo de controle de seus atos não era a intenção do legislador constituinte quando elaborou a Carta Magna.

Entretanto, com a justificativa da impossibilidade de se convocar plebiscito e referendo de forma constante, face aos gastos e falta de equipamentos, consolidou-se a ideia de que a democracia representativa era a única possível neste país.

De certo que por trás dessa justificativa de ordem econômica e técnica, escondem-se os interesses das elites dominantes que não têm a menor vontade de proporcionar soberania ao povo, pois aufere muitos benefícios e lucros com a miséria que assola este país tão rico, mas com uma distribuição de renda muito desigual, pois a maior parte da riqueza concentra-se nas mãos de uma minoria, a quem, geralmente, a mídia, a classe política, os partidos políticos e os governantes tendem a representar, deixando o povo jogado à sua própria sorte.

O principal objetivo deste trabalho é demonstrar que tais justificativas não servem mais para impedir o uso pelo povo dos institutos de Democracia Direta, uma vez que a Justiça Eleitoral pode proporcionar sua aplicação efetiva, uma vez que já dispõe dos meios para tal fim.

Quanto ao fator econômico, relacionado aos gastos para a realização das consultas populares, verifica-se a certeza que os benefícios serão bem maiores, pois a partir do momento em que o povo passe a controlar a atividade de seus representantes, a riqueza será melhor distribuída e a corrupção poderá ser eliminada.

Só assim haverá dinheiro para atender ao povo não só na realização de consultas populares, mas na saúde, na educação, na moradia, na alimentação e no lazer, concretizando-se um dos princípios basilares do Estado brasileiro que é a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, isso não será possível sem a participação do Estado e da sociedade civil.

O Estado deve-se fazer presente, face ao desinteresse dos demais poderes, através do Poder Judiciário, representado pela Justiça Eleitoral que exerce papel mediador entre o povo e seus representantes, explicando as regras do processo eleitoral, as funções dos demais poderes, os institutos de democracia direta, os crimes eleitorais e demais normas, de forma constante em todos os meios de comunicação de massa, coibindo os abusos, adotando um caráter conscientizador e educativo, além de proporcionar tecnicamente a realização das consultas populares e facilitar o recolhimento de assinaturas para os projetos de iniciativa popular.

Tudo isso será em vão se a sociedade civil não exigir a realização de plebiscito e referendo, devendo se organizar e através de suas instituições começar a mudar a cultura do conformismo e da aceitabilidade da situação atual e começar a pensar nas soluções para seus problemas e sugeri-las através de projetos de leis, participando ativamente, desempenhando seu papel de cidadão, para que se possa construir um Brasil verdadeiramente democrático e justo.

Chegou-se o momento de se pensar o direito e as leis. Chegou-se o momento de evoluir-se no conceito de democracia para que haja justiça social.

POSSIBILITY OF BRAZILIAN ELECTORAL JUSTICE MAKE PRACTICABLE THE APPLICATION OF THE DIRECT DEMOCRACY IN THE CURRENT TIMES

ABSTRACT: The present monograph proposes a study about the possibility of Brazilian electoral Justice make practicable the application of the direct democracy in the current times. It deals with not the direct democracy in the same molds of the existing one in Old Greece, but it looks for identify in the Federal Constitution institutions of direct democracy as plebiscite, countersignature and public iniciative that are not constantly used although are positive in the Great Letter. It analyzes the principle of the democracy in the Brazilian Constitution. It discourses on the representative democracy and the current problems that face the discredit of the population in the politicians. It discourses on the plebiscite, the countersignature and the public iniciative, presenting them as direct

democracy institute positived in the Federal Constitution, looking for to conciliate these institutes with the representative democracy, as form to control it, having the people higher power of decision. It glimpses the paper of Electoral Justice to intermediate and regulate the effectivity of the democracy in this country, as in that says respect to the indirect or representative democracy, what already it realize through with smoothness and ability, as in the aspect of the direct democracy, that has much to materialize, but what it is verified is the possibility to make it, face to the technological advances of the Electoral Justice, mainly in that it relates to the voting electronics. It emphasizes the paper of the civil society that through its institutions will be able to fight for its rights, using the mechanisms of direct democracy to try to decide the problems that devastate this country and to rescue the dignity of the Brazilian citizen, convoking it to participate it of the democracy.

KEYWORDS: Democracy. Electoral justice. Popular participation.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. *A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa.* In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, WILLIS Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. *A cidadania ativa – Referendo, plebiscito e iniciativa popular.* 3 ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

BOBBIO, Noberto. *Estado, governo e sociedade; para uma teoria geral da política.* 9 ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004

_____. *O futuro da democracia.* 9 ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional.* 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa –* Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova

hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
CAMARÃO, Paulo César Bhering. *O voto informatizado: legitimidade democrática.* 1 ed. São Paulo: Empresa das Artes, 1997.
CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral.* 4 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2000.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.* 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
GENRO, Tarso. *Democracia, direito e soberania estatal.* In Anuário de direito e globalização, 1: a soberania. v. I. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.
MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.* 2 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
PEDRA, Aderson Sant'Ana. *Na defesa de uma democracia participativa* – março de 2003. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3795. Acesso em: 14 de maio de 2013.
RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1990.
ROSENFIELD, Denis L. *A ética na política – Venturas e desventuras brasileiras.* 5 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
_____. *O que é democracia.* 5 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social.* Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
SCHILLING, Voltaire. *Os gregos e a democracia* – 19 de abril de 2002. Disponível em: http://educaterre.terra.com.br/voltaire/index_politica.htm. Acesso em: 14 de maio de 2013.

A MEDIAÇÃO FAMILIAR FRENTE AO DEVER DE ALIMENTAR

Ilana Chagas Ferro Coelho da Paz*

RESUMO: Com o presente artigo objetiva-se propor uma forma de solução do conflito alimentar menos gravosa para os grandes interessados e necessitados da pensão, que são, aqui, os menores, os quais não podem se manter e têm o direito de atendimento das carências de vestuário, alimento, educação, lazer. Além de que, a mediação é uma maneira mais rápida, com custos mais baixos e com grande possibilidade de cumprimento pelos obrigados já que foram eles que estipularam o acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação familiar. Dever alimentar. Prisão civil alimentícia.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do homem, da sociedade, da ciência e tecnologia, leva a necessidade de cada vez mais serem abertas as portas ao diálogo e ao acordo. Um exemplo disso é o desenvolvimento da família que vem acontecendo. Hoje a solidariedade e o afeto são pontos importantes, prevalecendo sobre as relações patrimoniais que eram prioritárias há séculos. O ser humano visto como portador de direitos, valorizado como pessoa, com sentimentos que os une em um mesmo centro, que é a família.

A presente explanação busca fazer uma reflexão sobre os diversos institutos de solução de conflitos, em especial a mediação familiar.

Tem-se como perspectiva que a mediação em sendo regulada e implantada no território nacional, poderá ser usada em diversas áreas do conhecimento em que surjam desavenças, em especial, nos casos de prestação alimentícia aos filhos, uma das maiores responsáveis pelo volume de processo nas Varas de Família.

Percebe-se que aclarando a possibilidade de um acordo, evita-se até mesmo a lide no Judiciário que poderá chegar inclusive à prisão a qual

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe – Assessoria na Promotoria de Barra dos Coqueiros.

acaba por abarrotar ainda mais os cárceres, colocando mais um ser humano em um ambiente cruel devido a uma questão que seria resolvida através do diálogo organizado.

2. A MEDIAÇÃO FAMILIAR: ORIGENS E PEQUENO HISTÓRICO

A mediação como meio alternativo de solucionar conflitos foi aplicada desde a China, através das ideias de Confúcio[1], passando pelo Japão, pelo continente africano, até chegar finalmente às ideias disseminadas nas Américas.

O estudo e aperfeiçoamento da mediação bem como os demais meios alternativos de solução de conflitos foram primeiro disseminados nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha no início dos anos setenta, pois, encontram influências em seus meios econômicos e jurídicos. Este mecanismo, nos casos de separação e divórcios, foram instaurados com o objetivo de preencher as lacunas do sistema jurídico tradicional no que se refere às mudanças familiares que ocorrem durante os anos.

Nos anos oitenta, este sistema chegou ao Canadá servindo para solucionar desavenças inclusive no que corresponde à pensão alimentícia. A ideia que predomina para o nascimento da mediação é de que deve haver um consenso na resolução de questões.

Diferente do que ocorre no sistema jurídico, onde sempre prevalece um vencedor e um vencido, fazendo surgir a vingança, no processo mediador são reduzidos os sofrimentos da criança nos casos de separação judicial, diminui custos financeiros e emocionais e evita o sempre presente sentimento de perda de um dos envolvidos, quando a questão é levada aos tribunais. Eliedite Mattos Ávila[2] expõe que foi no Canadá, através de um projeto implantado pelo Tribunal de Justiça local como serviço de atendimento ao público, que se apresentou à sociedade em 1981, o que era mediação e seu funcionamento.

Era um grupo composto por advogados, psicólogos e assistentes sociais que faziam atendimento ao público nos casos de separações conjugais. Foi um processo que evoluiu muito rápido neste país,

> *[...] Em 1985, a nova lei federal sobre o divórcio favoreceu, pela primeira vez, a mediação em matéria de família, especificamente que o advogado tem o dever de informar seus clientes a respeito dos serviços*

> *de mediação. Em 1986, houve uma modificação das regras práticas da Corte Superior de Quebec em matéria familiar, com a regra 22.5, prevendo que o tribunal pode, caso se perceba que o litígio está sujeito a um acordo, adiar a causa e, se as partes concordarem, encaminhá-las ao Serviço de Mediação por um período determinado. Em 1º de setembro de 1997, o governo de Quebec introduziu a Lei 65, que instituiu a Mediação Prévia em matéria familiar e modificou outras disposições do Código de Processo Civil. Essa lei prevê que os casais, casados ou não, que estejam em instâncias de ruptura conjugal ou de revisão de julgamento e que tenham filhos, deverão comparecer a uma primeira reunião de informação concernente à mediação familiar, quando não concordam com a guarda das crianças, sobre o montante das contribuições financeiras a serem pagas ou sobre a divisão de seus bens.*[3]

O procedimento adotado neste país através da Lei 65 impulsiona os casais a tentarem resolver suas desavenças num juízo de mediação. Através de facilidades dadas pelo governo como a gratuidade da primeira sessão e até de outras cinco que venham a ser necessárias em sendo o casal a favor da continuidade do processo, permite a disseminação da ideia de mediação familiar.

A mediação chegou à sociedade argentina quando o país atravessava uma grave crise em seu sistema judiciário. Sabendo que a utilização do instrumento da mediação em outros países levaram a resultados surpreendentes na resolução de conflitos judiciais, o governo deste país criou um programa nacional de divulgação e conscientização de tal processo para resolução de conflitos. Para dar ensejo a tal programa agiram conjuntamente os Poderes Executivo e Judiciário através de uma comissão, em que foram buscados profissionais renomados no mundo do conhecimento da prática mediadora de atuação na área privada quanto na pública.

Estes profissionais vieram à Argentina, trazidos pelo Estado, com a incumbência de serem catalisadores de conhecimentos na formação de novos mediadores nacionais. Dentre estes estudiosos foi dada particular importância aos especialistas em conflitos familiares, que eram um dos

principais pontos onde se achavam mais processos que vinham a abarrotar os tribunais do país. Como observa J. S. Fagundes Cunha:

> *[...] com o enfoque colocado no campo da resolução de conflitos familiares, se questionou a presença na Argentina da Dra. PATRICIA ROBACK, mediadora e conselheira pública, prestadora de serviços no Centro Judiciário de Serviços Familiares, Los Angeles, Califórnia, U.S.A. Esta, além de proferir conferências e cursos, em Buenos Aires e perante a Corte Suprema da Província de Buenos Aires, coordenou o treinamento focalizado aos conflitos familiares [...].*[4]

Para regularizar a prática constante da mediação, o Ministério da Justiça elaborou um projeto que originou o Decreto 1.480/92 ao ser aceito pelo Presidente. Através deste, o processo de mediação declarou-se de interesse nacional como também foi reconhecido como processo informal, voluntário e confidencial.

Foi com ele da mesma forma que se usou esta prática de resolução de conflitos nas áreas tanto judiciais quanto extrajudiciais, não sendo permitida a aplicabilidade às causas penais.

Com todo este investimento feito pelo Estado, a mediação neste país tomou abrangência mais que judicial, estendendo-se a diversos outros ramos como o comunitário, institucional, colégios, entre outros.

Surge então a nova lei de mediação e conciliação argentina, que implantou a obrigatoriedade da mediação prévia em todos os juízos.

No Brasil, conforme assegura Ana Florinda, a mediação familiar fora implantada na prática em 1996, junto com a arbitragem[5]. Da mesma forma (SILVA, 2004, p. 23):

> *Introduzida como prática no Brasil em 1996, juntamente com a Lei nº 9.307/96- Lei da Arbitragem, também conhecida como Lei Marcos Maciel, não se encontra, ainda, regulada através da legislação, mas nos sistemas legais no qual a mediação familiar*

> *foi implementada através de legislação específica, o reconhecimento da autonomia da vontade das partes e da sua capacidade de resolução das questões familiares encontra-se afirmação no sistema jurídico, através do papel subsidiário e supletivo reservado ao Estado, em um franco processo de desjudiciarização [...].*[6]

A Constituição Federal no seu preâmbulo traça a busca pela harmonia social e solução pacífica de conflitos, por isso não será a falta de legislação específica que leva a não aplicação da mediação familiar. Além do que, a processualística do país, usada nas questões de família já admitem uma prévia conciliação tanto usando os princípios gerais do Código de Processo Civil, artigo 331[7], como também em leis específicas como a Lei do Divórcio e a Lei de Alimentos. Além do que, conforme o artigo 265[8] do mesmo diploma processual é permitido às partes chegarem a um acordo por iniciativa delas próprias ou por sugestão do juiz que perceba a possibilidade da mediação no curso do processo.

Em audiência pública que aconteceu na cidade de Brasília no Ministério da Justiça, foi sugerido pelos participantes que fosse anexado e tornado uno o projeto da deputada Zulaiê Cobra do PSDB do Estado de São Paulo, com a proposta exposta da parceria entre o Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola de Magistratura. Portanto surge um anteprojeto da reunião de ideias destes anteriores.

O projeto da deputada Zulaiê Cobra institui a mediação como facultativa e o proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual destaca os dois tipos de mediação, a prévia e a incidental.

Na prática dos tribunais para ser usada a mediação, foi se tomando como exemplo as experiências dos países em que a mediação já foi implantada, especialmente o Canadá. Então, começa a ser desenvolvido no Estado de Santa Catarina, um projeto em que o serviço de mediação é usado nas varas de família.

É através de um grupo interdisciplinar que estão preparados tanto jurídico como psicológico e socialmente para ajudar na melhor solução encontrada pelas partes. Na prática é elevada a importância da mediação anterior à implantação da ação, isto para não sobrecarregar o Judiciário, já tão abarrotado de processos.

Mas não se exclui em importância a mediação praticada após o

processo ter sido impetrado, nestes casos o juiz e as partes em acordo aceitam que se deve tentar este outro caminho como melhor maneira de solução da desavença e isto é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem investindo na ideia:

> *[...] promovendo cursos em métodos não-adversariais de resolução de conflitos, dentre eles a formação de base em mediação familiar, para os profissionais interessados na execução do projeto. Além dos cursos, o TJSC tem buscado parceria com universidades públicas e particulares, institutos de mediação e associação de categorias profissionais para divulgar essa nova proposta, oferecendo formação continuada e complementar na implementação desses serviços.*[9]

À medida que a sociedade evolui, a família vem aos poucos sofrendo mudanças sociais que ensejam quebra nos antigos modelos de comportamento, presentes de maneira expressa nos paradigmas de famílias de hoje.

Na cidade de Porto Alegre, já existe também um centro de mediação e arbitragem, (CEMEAR), que surgiu em doze de maio de 2.000. Este objetiva prestar serviços à comunidade nas áreas de conciliação, mediação, arbitragem, terapia para casais e de família, palestras, eventos, entre tantas outras funções. Buscam-se aí soluções alternativas para os conflitos tentando chegar sempre a uma boa qualidade de vida, valorização humana e do cidadão. No Nordeste, a Bahia também vem investindo nesta modalidade resolutiva de desavenças para a área jurídico-familiar.

3. OUTRAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Constituição de 1988 e todo seu aparato democrático trouxeram à sociedade uma esperança de que seria o Poder Judiciário o solucionador de todas as desavenças existentes em comunidades. Isto levou este Poder a apresentar um grande acúmulo de questões e um excesso de serviços.

Surgiram então vários métodos extrajudiciais de resolução de conflitos que intervêm para ajudar as partes a alcançar um acordo. Estes métodos são diferentes quanto ao modo de se obter um entendimento. Conforme

João Roberto da Silva (2004 p. 22):

> *De início foi o Juizado de Conciliação, criado pela Lei nº 7.244/84. Depois a Lei de Arbitragem, criada pela Lei nº 9.307/96. Em seguida, algumas alterações na legislação processual, permitindo a conciliação a qualquer tempo (inc. IV do art. 125, introduzido pela Lei nº 8.952/94) e determinando a conciliação inicial (nova redação dada ao art. 331 do Código de Processo Civil).*[10]

Os meios alternativos usados além da mediação são: a arbitragem, a conciliação e a negociação. Todos estes prezam pela confidência, informalidade, flexibilidade, economia e justiça nas decisões.

A arbitragem não favorece o diálogo diretamente entre as partes é um processo onde os componentes pedem a um terceiro imparcial que tome uma decisão.

Silva (2001, p. 37) define este instituto dizendo que é:

> *[...] um meio alternativo de solução de conflitos, em questões patrimoniais de direitos disponíveis, em que as partes, de própria vontade, pactuam suas vontades no sentido de submeterem possíveis controvérsias, provenientes de contratos entre elas celebrados, ao julgamento de um juízo privado, ou seja, ao juiz arbitral.*[11]

Na mediação as partes têm total controle sobre a situação, diferentemente da arbitragem onde o controle está com o terceiro neutro. Este decide e define a solução. O árbitro é o verdadeiro juiz da causa, neste caso o consenso é só o móvel que permite a arbitragem. As partes formulam cláusulas que são verdadeiros compromissos caso venham a ocorrer litígios entre elas. Estas cláusulas compromissórias instituídas em contrato à parte, ou no próprio ato negocial, vão prevalecer enquanto existirem vínculos jurídicos entre os litigantes.

A conciliação é também um processo que busca alcançar uma boa relação entre os envolvidos e minimizar os embates das partes no conflito. Favorece o estabelecimento de um clima de confiança e a melhora na

comunicação, o conciliador tenta fazer com que as partes desistam ou não cheguem ao judicial, chegando a um consenso. O terceiro, conciliador, conduz o processo na direção de um acordo, opina e propõe soluções, ele não se preocupa com a satisfação das partes.

A mediação está com um projeto de lei tramitando para que seja regulada, já a conciliação normalmente é usada e exercida por força de lei. A Lei nº 9.958 de 2000 trouxe a conciliação privada, onde o terceiro era indicado pela empresa ou pelas comissões intersindicais de conciliação, escolhido aí pelos sindicatos patronais e pelos sindicatos dos trabalhadores. Diferente da mediação onde as partes voluntariamente se submetem a ela e escolhendo o mediador de confiança, na conciliação usada hoje no Brasil na Justiça do Trabalho, o empregado deverá primeiro ingressar na comissão de conciliação prévia para só depois ter direito a entrar na Justiça do Trabalho.

A negociação segundo Ávila (2002 p. 33) é:

> *[...] um conjunto de discussões entre as partes em conflito que se unem voluntária e temporariamente com a intenção de resolver os pontos em litígio. Se a comunicação for rompida, a negociação pode ser feita com a ajuda de um terceiro, em geral um advogado; trata-se então de uma negociação por intermédio de representantes.*[12]

Acredita-se que é a forma mais simples entre as resoluções de disputas. Na própria vida corriqueira é exigido do homem comum que utilize suas próprias formas de se alcançar um acordo diretamente e de forma pessoal com ou sem a participação de um terceiro.

Quando as partes em litígio solucionam seus conflitos através de sentenças arbitrais ou mesmo judiciais, apenas no aspecto jurídico a lide processual é resolvida. Esta visão está relacionada ao entendimento de Astried Brettas Grunwald[13] que entende terem os conflitos de interesse uma dupla dimensão, de um lado o conflito jurídico que abordam os direitos violados e, de outro lado, o conflito social que é o prisma emocional. Ensina que, mesmo sendo solucionado o conflito emergente, que seria o primeiro conflito, continua a insatisfação dos indivíduos com relação ao segundo.

A mediação e demais formas de solução de conflitos, vêm como formas

hábeis de solucionar o embate sociológico para se alcançar a pacificação social verdadeiramente porque, permite o exercício da cidadania já que o próprio indivíduo exerce sua liberdade para acabar com o conflito.

4. A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com a evolução da sociedade, a modernização do Estado e o consequente aumento das demandas jurídicas fizeram com que surgissem diversos dispositivos complementares que pusessem fim aos conflitos entre as partes.

Entre os mecanismos complementares de solução dos litígios vem a mediação. Esta era usada para substituir a violência ou como forma de não chegar ao sistema judicial nas disputas interpessoais. Nos tempos atuais é usada em vários âmbitos, o pessoal, o comunitário, o nacional ou o internacional.

> *A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposição de sentença ou laudos e, com um profissional devidamente preparado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem.*
> *A mediação propõe em breve tempo, com baixos custos e procurando manter o bom relacionamento entre as partes, construir as soluções que mais as beneficiem. Todas as questões comerciais, cíveis, trabalhistas e familiares podem ser submetidas à mediação.*[14] (SILVA, 2004, p.13)

Para entender o que é mediação, deve ter em mente que é um processo de gestão de conflitos o qual envolve intervenção solicitada e aceita de um terceiro imparcial, porém as decisões são tomadas pelos envolvidos nos conflitos, ou seja, a responsabilidade pelo acordo é toda destes.

Como meio alternativo, extrajudicial, não adversarial de solução e em alguns casos de prevenção de embates, onde um terceiro imparcial, de confiança das partes, por eles escolhidos livre e voluntariamente, intervém como facilitador. Usa habilidade e técnica para que as partes cheguem à solução de seus embates. Não se busca apenas o acordo, mas também a melhoria na relação entre as partes envolvidas. A mediação

traz características que a particulariza e diferencia das demais soluções de conflito como: o sigilo, a informalidade, o baixo custo, entre outras. O sigilo, a resolução da desavença não se torna pública se as partes não quiserem. Está intimamente ligado à privacidade que o processo de mediação proporciona em ambiente secreto só com a presença dos mediados e do mediador se assim for decidido pelos envolvidos. A informalidade vem em oposição ao caráter formal exigido pelo processo judicial. É ligada à oralidade, pois, as partes debatem as soluções possíveis sem precisar de defesa ou pedido escritos.

O baixo custo é outra particularidade. Neste procedimento não há dispêndios judiciais, não existem custas ou honorários advocatícios. Já que este não é obrigatório no procedimento, a despesa existente é com o mediador e esta será dividida entre as partes do conflito. Está intimamente relacionado à economia de tempo também. Resolve-se o caso o mais célere, nas hipóteses em que ocorrem menos desavenças com as emoções dos envolvidos nos pólos da relação.

Tem-se também reduzido o desgaste emocional entre as partes, porque o mediador terá como encargo pacificar os ânimos para que os interessados cheguem da melhor forma possível a um acordo, sem tanto desgaste emocional. É reduzindo tal carga de emoções que se terá presente a reaproximação dos envolvidos. Isto se deve ao fato de que, em oposição ao processo judicial, no qual o único fim claro é a sentença, na mediação o que se busca é evitar conflitos para que a relação seja harmônica, já que, na grande maioria das vezes, as partes vão continuar tendo contato durante a vida, pois existem filhos da relação.

São os mediados e não o mediador que farão o acordo, decidirão e gerenciarão suas desavenças. O mediador proporcionará apenas o impulso, o incentivo ao acordo justo. É mais viável que o acordo seja homologado pelo juiz, porque este observará os aspectos da legitimidade e da legalidade trazendo mais segurança ao acordo firmado. Outra característica é o equilíbrio das relações entre as partes, isto quer dizer que serão tratadas de forma igualitária levando à resolução do conflito tanto jurídico como social, que é o mais particular de cada indivíduo e o mais difícil de ser solucionado por fazer parte do íntimo.

5. A MEDIAÇÃO NA QUESTÃO ALIMENTAR

Entre as diversas questões levadas às varas de família, avolumam ações

que requerem a pensão alimentícia de filhos. É importante observar que o possuidor da guarda da criança fica obrigado a arcar com todas as necessidades do menor em face da inércia do outro genitor que não demonstra interesse em ajudar na melhor criação, proporcionando o bem-estar do seu filho. Tal situação agrava-se no caso em que a pensão para os filhos vem por causa do desfazimento da família então, anterior a tal ação, está o conflito advindo do divórcio ou da separação que em si já envolve sentimentos, emoções ocasionadas por sonhos de uma vida desfeitos.

É nesta ocasião em que os seres humanos estão vulneráveis, pois estão angustiados, com medo da nova situação que irá apresentar suas vidas. *"O medo bloqueia o raciocínio, a afetividade e com isso a criatividade, valores fundamentais que entram no jogo da mediação"*.[15](SILVA, 2004, p. 108)

O casal presencia que a vida, em vários casos, construída há anos, parece desmoronar e a tristeza é um motivo de angústia. É neste ambiente que se apresenta tanto o pai ou mesmo mãe, que não se preocupam com o filho.

Então, o genitor que tem guarda do menor, em meio a todos os sentimentos e emoções gerados desta realidade, acaba por colocar a criança como principal meio de pressão para receber a pensão devida, escondendo o filho e privando-o do convívio com o outro, pai ou mãe. Em oposição a tal situação, o outro genitor, como forma de mostrar força, continua sem pagar a pensão alimentícia. Estes esquecem que o que deve prevalecer é o bem-estar do filho gerado da relação entre os dois.

O magistrado tem que ter uma percepção aguçada para não permitir que o alimentante utilize-se de artifícios que impeçam o desconto dos seus reais proventos. Porém, torna-se difícil, pois as artimanhas usadas são inúmeras. O que torna a pensão alimentícia mais distante e fria para atender apenas os padrões legais.

A pensão alimentícia deve objetivar, em primeiro lugar, atender às necessidades do menor. Não só em valores que ajudem na mantença, porque a criação de um filho vai bem além do pagamento de valor estipulado pelo juiz ou mesmo em um acordo pelas partes, deve alcançar também, o trabalho, a partilha dos deveres.

Tudo isso dentro das possibilidades, das condições que este pode abarcar. Então, a diferença da mediação e do processo judicial na fixação de alimentos está na possibilidade encontrada pelas partes em avaliar, debater e aprovar os valores pedidos e indicados. Porém, isto não está

presente no processo de direito porque o cálculo é fixado e o valor é estipulado.

Na mediação, poderá analisar-se a situação verdadeira de cada parte com possibilidade de discussão das realidades que os envolvem. Isto não ocorre no processo que a justiça está presente porque nunca se terá certeza do estado financeiro de cada parte. Aquele que se propõe a mediar o valor a ser pago a seu filho como pensão para provê-lo de alimentos, estará desprovido de vontade de enganar a outra parte responsável pelo menor. É possível no processo mediador uma discursão entre os ex-cônjuges para facilitar as finais resoluções. "(...) é preciso salientar que o orçamento delineado pelos cônjuges passa pela avaliação, discussão e aprovação do outro no processo mediador. Isso não acontece no sistema adversarial onde o cálculo é percentualmente frio."[16] (SERPA, 1999, p. 60).

Somente os interessados no bem-estar do alimentado têm reais condições de análise para se alcançar a justiça, levando em consideração os valores dados aos menores durante a criação. Isto porque é fria a estipulação média estabelecida nos tribunais. São os pais os maiores responsáveis e interessados em perceber, na íntegra, as necessidades do menor traçando estes percentuais. São eles que sabem como e com que valores seus filhos foram criados até então, quais as prioridades do menor, em que bases estão fixadas a formação de seus filhos. Será o acordo que fixará da maneira mais correta e justa o que é necessário para a criança ou o adolescente. Isso sem esquecer também que, é por meio de uma fixação onde prepondere a paz que serão preservados os sentimentos do menor.

6. CONCLUSÃO

A sociedade caminha para uma maior valoração do ser humano como portador de direitos e deveres e com isso vê-se introjetado nos tratados internacionais e nas Constituições a dignidade da pessoa como fundamento dos Estados.

Como predomina a disputa por interesses, na comunidade em geral a cultura é da aplicação e resolução sempre de um litígio. Mas busca-se uma mudança, onde o consenso através da comunicação possa prevalecer.

É nesta amplitude que se apresenta a importância do diálogo, o que vem crescendo em todas as formas suplementares de solução de conflito, especialmente na mediação. É através desta que, os componentes de

um conflito podem ponderar, conversar sobre pontos de vista diversos, conhecer das questões relevantes para a outra parte, sem, no entanto, possuírem o estigma de "ganhador-perdedor" presente nas relações levadas ao Poder Judiciário.

A mediação que surgiu desde os povos chineses e disseminou-se pelo Japão, África até chegar aos norte-americanos e aos britânicos, reaparece como técnica alternativa na resolução de conflitos graças à crise exposta na humanidade. Os mecanismos estatais que regulam a sociedade e a família, não conseguem de maneira satisfatória resolver as questões. É preciso maior celeridade, economia, flexibilidade e informalidade.

Não se pode deixar de reconhecer o importante papel da jurisdição exercida pelo Estado, mas, apesar de seu esforço, esta não está conseguindo acompanhar a celeridade das mudanças sociais. O Estado não tem poupado esforços em criar várias facilidades para alcançar a justiça, porém ainda não são suficientes.

O processo mediador vem com o intuito de aproximar cada vez mais o cidadão da tão almejada justiça. Este cidadão que tem suas relações cada vez mais complexas. Então, devem ser difundidas suas técnicas, vantagens e peculiaridades.

A mediação é um método que faz com que os envolvidos em um conflito encarem tal desavença e desenvolvam o melhor resultado. É aí que se torna importante a figura de um mediador.

Um terceiro, imparcial, ajudará a organizar tal entendimento sem intervir diretamente na solução, ou mesmo, sem propor o acordo. O mediador apenas proporcionará um clima harmônico, de respeito mútuo e de pacificação entre os componentes do conflito e fará com que cada um possa enxergar melhor os pontos e as questões levantadas pela outra parte.

Na questão alimentar, seguindo a norma e sua cogente determinação, o Estado busca resolver a pretensão através da prisão. Porém, seria viável a possibilidade de análise da proposta mediadora entre as partes envolvidas. Como é permitido ao alimentado ou seu representante pedir na inicial o encarceramento do alimentante, seria de extrema relevância que este pudesse também ter conhecimento do que seja o procedimento da mediação, pois, estando preso, o alimentante não pode trabalhar e assim não produz, isso leva a não geração de renda. Em não produzindo, este não pode pagar o que deve como alimentos.

Então, as necessidades básicas do alimentado não serão supridas em

estando encarcerado o devedor. A prisão caracterizaria uma forma de punir o devedor por não haver pagado o que devia ao necessitado e não seria uma coerção a pagar. Porém, este não é o caráter de tal prisão.

Por isso é essencial a divulgação das vantagens do sistema mediador, principalmente nas questões familiares em que os interesses psicológicos estão envolvidos.

Não se abriria mão do mecanismo jurisdicional, apenas se daria oportunidade às partes do conflito alimentar perceberem se seria ou não viável a oportunidade de resolução da questão diante deste terceiro imparcial no processo mediador. Isso porque, não se pode afastar a atuação jurisdicional, pois só se poderá ter liberdade para transigir se consciente dos seus direitos e seguro que existe um sistema judicial eficaz.

Os acordos que se alcançam na mediação são mais efetivos, pois são particulares ao caso concreto. Não são reduzidos à petição inicial e à contestação, democraticamente se chega a uma resolução.

No direito de família é necessário este diálogo, pois os problemas não estão nas questões expostas nas peças judiciais, e sim no sentido implícito que carregam os relacionamentos passados. O que ocorre são posições rígidas graças a mágoas e relacionamentos mal resolvidos.

Normalmente os alimentos devidos aos menores vêm de relações desfeitas através de separação ou divórcio entre os pais da criança. E o que ocorre é que, os alimentos devidos por estes genitores frente aos filhos vêm cheios de sentimentos da relação anterior. Os sonhos e as expectativas construídas sobre uma vida feliz e indissolúvel são desfeitos, é uma situação que envolve decepção e queda de toda uma estrutura.

Encontram-se os ex-cônjuges em uma situação delicada e confusa, a qual normalmente traz a necessidade de identificação de culpa e aflora o sentimento de vingança. Quer se buscar o porquê dos atos e ao se alcançar tal objetivo, castigar o companheiro por tê-lo cometido, ou mesmo por não haver aceitado a situação posta. Questiona-se a falta de tolerância, entre outras infinitas disposições de percepções. Todos estes sentimentos refletem negativamente no dever alimentar. São todas estas situações e litígios que a lei e suas penalidades por si só não conseguem pôr fim através de uma sentença.

Com a mediação, procura-se esquecer da noção de determinação de um culpado para o fim do casamento ou da união que normalmente é ensejada antes do pedido de alimentos aos filhos menores. Usando tal

método, as partes estarão crescendo e se desenvolvendo, conseguindo inclusive a restauração e reconstrução das relações desfeitas pelas partes no passado. Não se pode esquecer que as questões concernentes ao direito de família, em especial à pensão alimentícia de menores, envolvem pessoas que em sua maioria terão que continuar tendo certo convívio. Então, é importante que se mantenha entre elas, ao menos, o respeito.

É na mediação que se estabelecerá a pensão alimentícia dos filhos e tem-se a oportunidade de conscientização de que o relacionamento entre o casal deverá sempre ser tranquilo porque, pai e mãe ou alimentante e responsável têm direitos e principalmente deveres para com a prole. Estes irão prolongar-se no tempo, por isso, a ênfase que deve ser dada ao futuro de tais relações. Esta relação amistosa garantirá ao pai, mãe e filhos uma reconstrução da vida mais digna e qualificada.

Sem dúvida o processo mediador é muito útil nas relações familiares e na questão alimentar, porém é preciso que suas ideias sejam difundidas.

É nesta realidade que é colocada tal técnica de resolução de conflitos. Na questão alimentar, em substituição ao pedido de encarceramento do devedor de alimentos, buscando-se a justiça e tentando alcançar o que preconiza o preâmbulo da Constituição Federal, a construção de uma sociedade baseada na harmonia social e com os conflitos sendo resolvidos de forma pacífica. Isso tudo para fortalecer o Estado Democrático de Direito.

___

A FAMILIAR FACE OF MEDIATION OF DUTY FOOD

ABSTRACT: "With this study aims to propose a way to resolve the conflict feed less onerous for large pension interested and needy, who are here as minors, which cannot maintain and have the right to meet the needs of clothing, food, education, leisure. Besides that mediation is a faster, at lower cost and with greater possibility of achieving the required since they were stipulated that the agreement."

KEYWORDS: Family mediation. Duty feed. Civil prison food.

Notas

[1] FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediación*: resolución de conflictos sin litigio.

[2] ÁVILA, Eliedite Mattos. *A mediação familiar no direito de família*: a necessidade de um trabalho interdisciplinar. Disponível em: <http:// www.oabsc.org.br/oab-sc/revista/revista117/mediação.

htm>. Acesso em: 18 jul. 2005.
[3] ÁVILA, Eliedite Mattos. *A mediação familiar no direito de família*: a necessidade de um trabalho interdisciplinar. Disponível em: <http:// www.oabsc.org.br/oab-sc/revista/revista117/mediação. htm>. Acesso em: 18 jul. 2005. p. 2.
[4] CUNHA J.S. Fagundes. *Da mediação e da arbitragem endoprocessual*. Disponível em: <www. uepg.br/rj/a1v1suma.htm>. Acesso em: 25 set. 2005. p. 11.
[5] DANTAS Ana Florinda. A mediação familiar e sua aplicação nas varas de família. Dados: *Revista da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica*, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, p. 148.
[6] SILVA João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. 1ª ed. São Paulo: ed. Paulistanajur, 2004. p. 23.
[7] Art. 331. CPC. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas sessões precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.
[8] Art. 265. CPC. Suspende-se o processo: II- pela convenção das partes.
[9] ÁVILA, Eliedite Mattos. *A mediação familiar no direito de família*: a necessidade de um trabalho interdisciplinar. Disponível em: <http:// www.oabsc.org.br/oab-sc/revista/revista117/mediação. htm>. Acesso em: 18 jul. 2005. p. 3.
[10] SILVA João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. 1ª ed. São Paulo: ed. Paulistanajur, 2004. p. 22.
[11] Ibid; p. 37.
[12] BRASIL. *Mediação familiar*. [Organizado por] Eliedite Mattos Ávila, dez. de 2002. Criação e produção gráfica do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. p. 33.
[13] GRUNWALD, Astried Brettas. *A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 289, 22 abr. 2004. Disponível em: <http: // jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5117>. Acesso em: 21 set. 2005.
[14] SILVA João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. 1ª ed. São Paulo: ed. Paulistanajur, 2004. p. 13.
[15] SILVA João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. 1ª ed. São Paulo: ed. Paulistanajur, 2004. p. 108.
[16] SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1998. p. 60.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Eliedite Mattos. *A mediação familiar no direito de família:* a necessidade de um trabalho interdisciplinar. Disponível em: <http:// www.oabsc.org.br/oab-sc/revista/revista117/mediação.htm.> Acesso em: 18 jul. 2005.
BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 10ªed. Brasília: ed. Universidade de Brasília. 1999.
BOLETIM IBDFAM. Águida Arruda Barbosa. *A mediação no NCCB.* nº 20, ano 3, mai/ Jun. 2003.
BOLETIM IBDFAM. Águida Arruda Barbosa**.** *Mediação é Ética.* Nº 34, ano 5, set/ Out. 2005.
BRASIL. *Direito civil*: atualidades. [Coordenado por] Bruno Torquato

de Oliveira Naves. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003.
BRASIL. Direito de Família e o novo código civil. [Coordenado por] Maria Berenice Dias. 3ª ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: ed. Del Rey. 2003.
BRASIL. *Código de processo civil interpretado*. [Coordenado por] Antônio Carlos Marcato. 2º ed. São Paulo: ed. Atlas, 2005.
BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.
BRITO, Leila Maria Torraca de. *Separando*: um estúdio sobre a atuação do psicólogo nas Varas de Família. Rio de Janeiro: ed. Relume Dumará: UERJ, 1993.
CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1993.
CUNHA, Fagundes. *Da mediação e da arbitragem endoprocessual.* Disponível em: <http:// www.uepg.br/rj/a1v1suma.htm>. Acesso em: 25 set. 2005.
DANTAS, Ana Florinda. *A mediação familiar e sua aplicação nas varas de família.* Dados: Revista da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica, Belo Horizonte: Ano 1.
D' URSO, Luiz F. Borges. *O sistema prisional não recupera ninguém*, Revista Consulex, ano I, nº 6, junho de 1997, p. 33.
DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. *A mediação no confronto entre direitos e deveres*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.com.br.> Acesso em: 11 dez. 2005.
FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar patra um novo direito de família*. Rio de Janeiro: ed. Renovar. 2005.
FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison**.** *Mediación*: resolución de conflictos sin litigio.
GAGLIANO, Pablo Stolze. *A prisão civil do devedor de alimentos*. Disponível em: <htpp:// www.novodreitocivil.com.br>. Acesso em: 10 set. 2005.
GRUNWALD, Astried Brettas**.** *A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito.* Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 289, 22 abr. 2004. Disponível em: <http:www.jus2ol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5117>. Acesso em: 21 set. 2005.

HAYNES, Jonh M; HAYNES, Gretchen L. *La mediación en el divorcio.* 2ª ed. Bueno Aires. Argentina: ed. Granica, 1997.
LEAL, João José. *Penitenciária brasileira, sombra sinistra da sociedade desajustada em que vivemos.* ed. Revista dos Tribunais, ano 83, agosto/94. v. 706
LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família.* Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 307, 10 mai. 2004. Disponível em: <http:// www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em: 24 de ago. 2004
MAFRA, Renatho. *Mediação*: uma nova profissão? Disponível em: <http:// www.mediação.blogspot.com>. Acesso em: 05 de out. 2005.
MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. [Atualizado por] Uilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.
NERY Junior, Nelson, NERY Rosa, M. Andrade de. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2001.
NERY Junior, Nelson, NERY Rosa, M. Andrade de. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002.
NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do direito de família.* 5. ed. São Paulo: ed. Jurídica Brasileira, 1997.
OLIVEIRA, Adriane Stoll de. *Provisórios ou provisionais*: eis a questão. Jus Navigandi, Teresina, a.9, n. 501, 20 nov. 2004. Disponível em: < http:// www 1. jus. com. br/doutrina/texto.asp?id=5938>. Acesso em: 24 nov. 2004.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Direito de Família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. vol. V.
SANTOS, Nilton Ramos Dantas. *Alimentos*: (técnica e teoria). Rio de Janeiro: ed. Forense. 1999.
SÃO PAULO. *Mediação de conflitos*: pacificando e prevenindo a violência. [Organizado por] Malvina Ester Muszkat. São Paulo: ed. Summus, 2003.
SILVA João Roberto da**.** *A mediação e o processo de mediação*. 1ª ed. São Paulo. Paulistanajur: 2004.
SILVA João Roberto da. *Arbitragem:* aspectos gerais da lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
SILVA, Marcelo Amaral da. *Prisão civil e execução de alimentos.*

Disponível em: <http://www.mundo.jurídico.adv.br> . Acesso em: 18 ago. 2005.
ROURE, Denise de. *Panorama dos processos de reabilitação de presos*. Revista Consulex, ano II, nº. 20, agosto /98. , v. I.
SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: ed. Del Rey., 1998.
SILVA J. Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: ed. Paulistanajur: 2004.

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ÉTICA

Luciene Santos Silveira*

RESUMO: Este artigo tem a finalidade de tecer alguns comentários sobre a mediação como instrumento de solucionar conflitos, de maneira mais rápida e eficaz, baseado na ética da comunicação. Dentro desse contexto, sua maior incidência tem sido no Direito de Família por se tratar de questões envolvendo filhos e também pelo desgaste emocional ocasionado pela relação. Assim, busca-se enfatizar o uso da mediação, sobretudo, de forma ética, como meio alternativo de solução de conflito sem a interferência do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: Conflitos. Ética. Mediação.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais é cada vez mais difícil solucionar um conflito de forma harmoniosa. Diante das várias opções temos, por exemplo, a mediação como alternativa. O processo de mediação objetiva desafogar o Poder Judiciário e permitir uma solução mais rápida e eficiente sem a necessidade de um julgamento. Assim, a mediação pode ser conceituada como um método alternativo para resolução de conflitos com ajuda mútua das partes envolvidas.

2. MEDIAÇÃO NO BRASIL

Atualmente, não existe uma lei que regulamente a mediação estipulando regras para o seu funcionamento, porém há um Projeto de Lei de nº 4.827/98 tramitando no Congresso Nacional criada pela ex-deputada federal Zulaiê Cobra Ribeiro. O conceito de mediação no referido projeto é: "A atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com

* Graduada em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe – Fase; Graduanda em Serviço Social pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; Aluna da EJUSE.

o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos".

O projeto em destaque propõe duas formas de mediação: a mediação prévia (pré-processual) e a incidental (depois de iniciado o processo), ambas de cunho facultativo, podendo ser realizados por mediadores judiciais ou extrajudiciais.

A mediação é muito parecida com os institutos da conciliação e da arbitragem. A primeira ocorre quando há um acordo entre as partes envolvidas, as quais terão que abrir mão de um direito para se chegar ao acordo, mesmo que não seja o seu desejo, pois há a perda em detrimento da resolução do problema. O conciliador propõe soluções para resolver o conflito.

Na segunda, há a existência de uma lei (Lei nº 9.307/96) que regulamenta a atividade do árbitro, especialista, escolhido pelas partes e atua de forma imparcial baseado na lei e na equidade. O árbitro possui poder de decisão e esta será acatada pelas partes, cujo poder é de título executivo judicial, irrecorrível em regra.

Na mediação, o mediador atua de forma imparcial procurando estabelecer o diálogo entre os conflitantes com o fito de satisfazer a pretensão de ambos.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

Para Groeninga (2007), o conflito é inerente à vida e a mediação é um importante instrumento para sua compreensão. O instituto da mediação não detém uma forma pré-definida assim como o processo. Por este motivo, faz-se uso de diversos princípios, uma vez que o mediador não terá preferência em determinar o conteúdo que as partes acordarem; não tem autoridade para impor decisões às partes vinculando-as; e sabe que os mediandos chegam a um acordo completo até que cada parte aceite todos os termos do acordo.

A mediação permite que os envolvidos cheguem a um consenso com ampla liberdade para realizar um acordo, sendo possível deixar claros os pontos controversos, as inquietudes de cada um, chegando a uma decisão benéfica para ambas as partes, tendo em vista que inexiste um terceiro para impor determinadas regras. Desta forma, a mediação é norteada

pelo princípio da autonomia da vontade, ou seja, os mediandos têm total liberdade ao escolher o mediador e expor suas insatisfações e desejos.

A mediação é um procedimento voluntário, no qual as partes conflitantes podem escolher este instrumento para resolver o conflito, podendo desistir a qualquer momento.

Outro princípio é o da confidencialidade, em que as negociações são confidenciais entres os envolvidos na mediação, inclusive para o mediador que deve ser imparcial e ético. Isso em virtude da privacidade de cada mediando e também em prestígio à confiança, pois é de fundamental importância no desenvolvimento do método em análise.

A participação de terceiro imparcial vai reforçar a confiança dos conflitantes com o mediador, uma vez que o terceiro neutro vai facilitar a comunicação e permitir a fluência das negociações com o objetivo de alcançar o direito pretendido.

Este método também apresenta o princípio da não competitividade, cuja finalidade não é ter uma parte vencedora e outra perdedora, como ocorre na disputa judicial; pelo contrário, aqui se busca a satisfação dos envolvidos na controvérsia, evitando desta forma o desgaste emocional, as despesas com as custas processuais e inclusive os honorários advocatícios, já que neste instituto não se faz necessária a presença de advogado.

O princípio da oralidade é à base desse método, por se tratar de um procedimento informal não necessitando de respostas colocadas a termo como ocorre no Judiciário. Ademais, a oralidade torna o procedimento mais célere e econômico, haja vista a maioria das intervenções no instituto ser realizada por meio do diálogo, o que facilita a evolução procedimental.

Há também a presença da autonomia das decisões, em que os resultados das negociações não precisam de homologação pelo Judiciário, já que as partes têm a faculdade de acordar o que lhes for melhor para satisfação das pretensões, restabelecimento das relações e equilíbrio sociais.

A mediação ainda é norteada pelos princípios da pacificação e também pela homogeneização dos conflitos e das pessoas baseada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ou seja, evita-se qualquer forma de violência entre os mediandos, pois o instituto busca justamente a resolução do conflito através da comunicação, bem como observando os envolvidos como sujeitos dignos de respeito e compreensão.

4. MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família tem sido alvo de várias transformações na contemporaneidade, seja pelo próprio conceito, seja pela composição familiar e ainda pela função que ela desempenha. A incidência no âmbito familiar desta técnica tem sido cada vez mais utilizada, porque é neste ramo do Direito que os desgastes emocionais são mais evidentes, sobretudo, quando se trata de filhos.

No âmbito do Direito de Família, tramitam na Câmara dos Deputados quatro projetos de lei fazendo referência à mediação. O Projeto Lei 505/2007, de autoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, cujo objetivo é inserir esta técnica na regulação dos efeitos da separação e divórcio. A este projeto foi apensado o Projeto 507/2007 de mesma autoria do anterior, desta vez propondo a mediação como alternativa jurídica a longos e penosos litígios.

Outro projeto, apresentado no início do ano de 201, é o Projeto 428/2011 do Deputado Federal Luiz Couto, o qual renova o citado acima.

A mediação se faz presente no Projeto 2285/2007, apresentado por Sérgio Barradas em atenção ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que institui o estatuto das famílias no Brasil e que tramita apensado ao Projeto 674/2007.

O Livro IV do Código Civil, que trata do Direito de Família, no Artigo 1.511 e seguintes, estabelece o casamento sendo a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Apesar do elencado no artigo mencionado, há vários fatores que dificultam o relacionamento entre as famílias e, por isto, tantas instabilidades na sociedade conjugal.

Com a desestruturação familiar causada pelo fim do casamento, o afeto entre os envolvidos torna-se quase que inexistente cedendo lugar a raiva, ao rancor, ao ódio, sentimentos estes capazes de transformar os indivíduos em pessoas más. E, quando se discute a culpa, torna-se ainda mais insuportável a situação, já que os principais prejudicados nesta relação são os filhos, haja vista não mais poder desfrutar da afetividade dispensada pelos pais.

Geralmente, nestes casos não há um consenso, sendo as demandas levadas ao Poder Judiciário ensejando o constrangimento decorrente da própria situação, além da ocasionada pelo processo. Quando existe

a disputa pela guarda dos filhos, em muitos casos ocorre a alienação parental. Esta quando um dos pais, o cônjuge alienador, não aceita a separação e usa vários artífices para confundir a cabeça da criança com o objetivo de afastá-la do outro genitor, rompendo os vínculos de afetividade. O alienante causa um mal enorme para a criança, inocente na história, por simples vingança do outro.

E, neste cenário de vingança, ódio, raiva e rancor é que surge o instituto da mediação para apaziguar a situação de forma mais harmoniosa, em que os conflitantes com respeito mútuo, irão sugerir quais seriam as medidas necessárias para resolução da controvérsia. O mediador, de forma neutra, estará entre os mediandos para criar uma nova perspectiva na relação, baseada na responsabilidade individual de aceitar o acordado e buscar o equilíbrio na relação social existente. Para tanto, a guarda compartilhada será a melhor forma dos filhos não serem penalizados com o fim do casamento, uma vez que os pais terão os mesmos direitos e deveres em relação a eles, tendo em vista que prevalece o melhor interesse da criança e a proteção integral.

Logo, no Direito de Família, a mediação tem sido recorrente nos casos em que não vai se discutir a culpa do fim da relação, mas a responsabilidade de cada um em assumir o compromisso acordado perante o mediador, o qual facilitará a comunicação entre as partes envolvidas, de modo a pacificar a situação conflituosa.

Ademais, a prática da mediação no âmbito familiar, como meio alternativo de solução de conflito, vai proporcionar menor desgaste emocional, economia financeira, bem como a resolução mais rápida e eficiente do procedimento de modo a viabilizar os laços de amizade, a cultura da paz, a satisfação do direito pretendido e a felicidade.

5. ÉTICA E A MEDIAÇÃO

É notório que não temos apenas uma única concepção do significado da ética. O termo deriva do grego "ethos" e está relacionado ao caráter, modo de ser de uma pessoa. Por isso, temos várias concepções, a saber: Nalini (1999, p. 34) a "ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade"; Bittar (2010), a ética constitui tanto um conjunto de regras, princípios ou maneiras de pensar que guiam, ou chamam a si a autoridade de guiar, as ações de um grupo em particular, que para ele

seria o conceito de moralidade ou um estudo sistemático da argumentação sobre como nós devemos agir, abrangendo, por este ponto de vista, a filosofia moral.

Já para Barroco (2010, p.63), "a ação ética é um processo de generalização, de mediação progressiva entre o primeiro impulso e as determinações externas; a moralidade torna-se ação ética no momento em que nasce uma convergência entre o eu e a alteridade, entre a singularidade individual e a totalidade social".

Assim, podemos conceituar a ética como conjunto de normas e princípios que expressam escolhas axiológicas e funcionam como parâmetros orientadores das relações sociais.

O objeto da ética é a moral. Esta é vista como um dos aspectos do comportamento do ser humano. Logo, o objetivo da ética é mostrar para as pessoas os valores e princípios que devem conduzir sua existência, influenciando no desenvolvimento de condutas.

A importância da ética na mediação é fundamental para que as partes envolvidas no conflito sintam confiança não só no procedimento, mas também no mediador. Por isso, a necessidade do mediador ser um agente imparcial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da dificuldade de solucionar um conflito de forma harmoniosa, surge a mediação: um procedimento voluntário e de custo-benefício incalculável, bastando a manifestação dos envolvidos em optarem por este método, cuja decisão não necessita de homologação pelo Poder Judiciário, mas a responsabilidade de cada mediando em acatar o acordado.

Este procedimento se fundamenta na ética da comunicação e, sobretudo, no Direito de Família, onde tem sido mais expressiva sua utilização, uma vez que trata de relações afetivas, geradoras de desgastes emocionais para os conflitantes. Porém, nada impede que seja utilizado em outros ramos do Direito, pois sua finalidade é justamente desafogar o Judiciário, proporcionando uma solução rápida de forma ética e eficaz.

Portanto, a mediação é uma técnica alternativa de solução de conflitos sem a necessidade de um julgamento pelo órgão estatal. Este procedimento está sendo utilizado como meio de acesso à justiça e, por ter características peculiares, também está segmentada por princípios

que fazem deste método um modelo a ser seguido por aqueles que se encontram em situações controvertidas, mas não querem enfrentar um processo judicial.

___

MEDIATION AS CONFLICT RESOLUTION AND ETHICS

ABSTRACT: This article aims to make some comments on mediation as a tool to resolve conflicts more quickly and effectively, based on the ethics of communication.

KEYWORDS: Conflicts. Ethics. Mediation.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de janeiro: Forense, 2007.

BARROCO, Maria Lúcia Silva. *Ética e Serviço Social*: fundamentos ontológicos. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*: ética geral e profissional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n°505, 20 de março de 2007*. Altera dispositivo do Código Civil para inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e divórcio. Disponível em: http://www.camara.gov.br. Acesso em: 20 de junho de 2011.

_____.Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n°4827, 10 de novembro de 1998*. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: http://www.camara.com.br. Acesso em: 20 de junho de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética, *direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: companhia das Letras, 2006.

CONIMA- *Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem*. Disponível em: http://conima.org. com.br. Acesso em 20 de junho 20011.

DIAS, Maria Berenice. *A mediação no confronto entre direitos e deveres*. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br. Acesso em 23 de Junho.2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Mediação* – Respeito à família e a cultura brasileira. Disponível em: http://www.pailegal.net./mediaton.asp?rvtextold;1088810503. Acesso em 20 de Junho de 2011.
NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional* – 2. Ed. Ver. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO PENAL

José Geraldo Brito Filomeno*

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Quando a comissão especial de juristas incumbida da elaboração de anteprojeto de uma lei nacional de proteção e defesa do consumidor e designada pelo então Ministro da Justiça Paulo Brossard, em junho de 1988, começou o seu trabalho, desde logo se deparou com uma dúvida significativa.

Ou seja, deveria ela, ou não, antes de mais nada, preocupar-se com uma tutela penal do consumidor, ao lado das tutelas civil e administrativa, uma vez que, analisadas as legislações de quatorze países diferentes à época, somente a da Província de Quebec, Canadá, continha dispositivos dessa natureza[1].

Referida preocupação foi debatida longamente no âmbito de outra comissão especial, instituída paralelamente àquela primeira pelo então Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, Cláudio Ferraz de Alvarenga, por nós presidida, e cujo objetivo era precisamente subsidiá-la com esses estudos[2].

Com efeito, o primeiro propósito das comissões foi no sentido de não se arranhar a legislação penal vigente, tanto a codificada quanto a extravagante e, o que era mais importante: tipificar condutas ainda não contempladas nos casos em testilha, como os abusos em matéria de publicidade ("enganosa" e "abusiva"), bem como outras consideradas de tal forma graves que, além do tratamento de natureza administrativa e civil, estariam a demandar igualmente o tratamento penal.

E aqui valeu a advertência de Othon Sidou[3], no sentido de que seria na prática impossível, senão inútil, preverem-se todos os fatos que viessem a afligir o consumidor – e nós acrescentaríamos – **as fraudes** e outros comportamentos que o viessem a lesar de maneira grave e muitas vezes de forma irreparável.

---

* Consultor jurídico e professor especialista-doutor em Direito do Consumidor, por notório saber, pela Faculdade de Direito da USP, membro da Academia Paulista de Direito e da Comissão Geral de Ética do Governo do Estado de S. Paulo, foi Procurador-Geral de Justiça desse Estado e vice-presidente da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de Código do Consumidor.

Isto porque sempre haveria algo a prevenir, mas igualmente alguém disposto a burlar as normas demasiadamente amplas estabelecidas, donde a necessidade da sua constante atualização, sem nos esquecermos, igualmente, das fraudes de natureza civil e infrações administrativas.

Até porque também nesse âmbito nos havíamos deparado com um verdadeiro cipoal de normas difusas por todo o ordenamento jurídico, muitas vezes até conflitantes entre si, o que igualmente ocorreria no âmbito criminal[4].

Pareceu-nos claro desde logo, todavia, que num futuro ainda incerto, contudo previsível, haveria uma consolidação de toda – ou quase toda – a legislação penal em um novo Código Criminal.

Nesse sentido, tracemos um retrospecto histórico, ainda que breve, a respeito de tentativas, seja no intuito de se *modernizar* a antiga *Lei de Crimes contra a Economia Popular*, de 1951, seja no da consolidação de normas dessa mesma natureza.

2. TENTATIVAS ANTERIORES DE SISTEMATIZAÇÃO

2.1 ATUALIZAÇÃO DA *LEI DE CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR* - Em 1984, o então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi Ackel, havia instituído comissão especial com vistas à atualização da *Lei de Crimes contra a Economia Popular* (Lei nº 1.521/1951), certamente se tendo em vista a adoção, cerca de algum tempo depois, de planos econômicos, que tinham como alvo o crônico processo inflacionário e fraudes cíclicas contra o público em geral.

Tivemos a honra, naquela oportunidade, em que ainda exercíamos as funções de Procurador de Justiça do Consumidor nas instalações do PROCON-SP, de assessorar um dos membros da aludida comissão, o Desembargador Diwaldo Sampaio, do Tribunal de Justiça paulista.

Após ingentes esforços, o trabalho foi entregue ao Ministério da Justiça, que o havia encomendado mas, a partir de então, nada se falou a respeito, nem houve o encaminhamento de qualquer projeto ao Congresso Nacional nele baseado.

Em síntese, os trabalhos propunham a manutenção dos principais tipos penais ainda vigentes na referida *Lei de Crimes contra a Economia Popular*, bem como a inclusão de outros, mais consentâneos com a realidade socioeconômica então vigente[5].

À falta, portanto, de um novo instrumental mais consentâneo com essa realidade (*i.e.,* com a edição dos *Planos Cruzados I e II*, *Plano Verão* etc.), tivemos de organizar, em menos de quinze dias, e com a imprescindível colaboração dos colegas de Ministério Público, Marco Antônio Zanellato e Roberto Durço, um livro que serviria de orientação aos demais Promotores de Justiça do Estado de S. Paulo – *Reforma Econômica*[6] –, o qual continha toda a parafernália legislativa ligada ao tema "economia popular", sobretudo os decretos-leis editados pela Presidência da República, portarias da extinta SUNAB, modelos de denúncias por infringência a tabelamento e congelamento de preços etc., além, obviamente, da legislação básica para tanto (*i.e.,* a Lei nº 1.521/1951 e a Lei Delegada nº 4/1962).

2.2 PROJETO DE LEI Nº 2.176/1990 – Cinco anos mais tarde após a referida tentativa frustrada de reformas da legislação de tutela da *economia popular*, ou seja, em 1989, mediante a Mensagem Presidencial nº 179/1989, foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.176/1990 que, em suma, adotava as linhas gerais do nosso trabalho de 1984. Ou seja, mantidos os tipos penais mais relevantes da Lei de Crimes Contra a Economia Popular, introduzia outros, reputados essenciais à sustentação dos planos econômicos então concebidos, bem como simplificava os procedimentos penais aplicáveis a essa classe de delitos, e dava outras providências complementares.

Referido projeto, entretanto, foi rejeitado pela Câmara dos Deputados e, ao ensejo da posse do novo governo federal, tentou-se reavivá-lo, com algumas modificações, mediante a edição de medidas provisórias.

2.3 MEDIDAS PROVISÓRIAS – Com efeito, com a instituição do chamado *Plano Brasil Novo* que, dentre outras providências, decretou o *confisco de poupanças e depósitos bancários,* foram editadas: **a)** Medida Provisória nº 153, de 15-3-1990, definindo os *crimes de abuso do poder econômico*; e **b)** Medida Provisória nº 156, da mesma data, que definia *crimes contra a Fazenda Pública*, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os praticassem.

Surgiu então grande celeuma a respeito do aspecto de sua constitucionalidade, ainda que calcadas ambas as medidas provisórias no disposto pelo art. 62 da Constituição Federal de 1988, chegando-se

mesmo a intentar ação direta de declaração de sua inconstitucionalidade pela Procuradoria Geral da República, até que o próprio Governo Federal houve por bem revogá-las, por intermédio da Medida Provisória nº 175, de 27-4-1990[7].

2.4 A LEI Nº 8.137/1990 – Embora estivéssemos trabalhando com as duas comissões com vistas à elaboração do anteprojeto de Código do Consumidor, de forma alguma fomos informados da existência de outro grupo de trabalho que deu origem à Medida Provisória nº 175/1990 e a estudos que culminaram na vigente Lei nº 8.137, de 27-12-1990. Ou seja, fomos surpreendidos pelo fato de, aprovada mesmo após o Código do Consumidor, com *vacatio legis* de seis meses (com vigência somente a partir de 11 de março de 1991), a *lei surpresa* ter sido publicada em 27-12-1990, entrando imediatamente em vigor.

Tanto assim que alguns aspectos têm ainda sido discutidos sobre se algum dispositivo da Lei nº 8.137/1990 teria sido ou não revogado pelo Código do Consumidor, em virtude de cuidarem de questões idênticas ou ao menos semelhantes como no caso, por exemplo, no inciso VII do art. 7º da primeira em confronto com os artigos 66 e 67 do segundo[8].

2.5 CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR OU CONTRA AS RELAÇÕES E CONSUMO? – A alocução ***economia popular*** sem dúvida espelharia melhor o objeto de tutela da legislação não apenas de ordem penal, como também administrativa e civil. Ou seja, tradicionalmente, desde os tempos da draconiana legislação de 1938, da época do *Estado Novo* de Getúlio Vargas[9], cunhou-se referida expressão para designar todo e qualquer objeto de interesse, material ou imaterial que se relacionasse com o bem-estar dos cidadãos (*e.g.,* bens e serviços essenciais), e que venha a ser ameaçada ou prejudicada por ação ou omissão de terceiros, em geral, e pelos agentes econômicos, em particular, sobretudo em períodos de escassez e crises socioeconômicas.

Com efeito, consoante as anotações de Eurico Castello Branco[10]:

> *"**A Constituição é explícita: equipara os crimes contra a economia popular aos cometidos contra a segurança do Estado – no que põe em pé de igualdade, irmanando-se e confundindo-os, o***

> ***Estado e o povo***[11] *– e prescreve para os mesmos foro especial. Antigamente, os crimes contra a economia popular eram abrangidos até certo ponto, pela legislação penal. Como, porém, a matéria é muito fugidia, os especuladores e arquitetadores de ´planos´ tinham campo livre, para as suas atividades suspeitas, pois desfrutavam a certeza de que a dificuldade da prova, a chicana dos advogados e os escrúpulos naturais do formalismo jurídico dos tribunais comuns lhes asseguravam a impunidade. Os crimes previstos na Lei nº 869 já tinham sido mais ou menos abrangidos pela legislação passada, embora com penalidades menores. No entanto, os exemplos de crimes impunes são fáceis de apontar, mesmo os que passaram excepcionalmente pelos tribunais comuns. As maiores burlas têm sido feitas entre nós.* ***Prejuízos relevantíssimos têm sido dados ao povo, de imaginação impressionável e fácil de iludir. E os seus autores têm ficado sempre impunes. O Estado Novo não mereceria existir se continuasse a contemplar de braços cruzados estes espetáculos impunes***[12]*".*

No mesmo sentido, e conforme ponderado pelo então Juiz Tupinambá Pinto de Azevedo, do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul[13]:

> *"A Lei nº 8.137/90 contém, no cap. II, crimes ´contra a ordem econômica e as relações de consumo´.* ***Melhor seria menção clara e direta à ´economia popular´ – bem jurídico já arraigado na tradição legal brasileira***[14]***.*** *Ali estão proibidos o açambarcamento de mercadoria, o ajuste de empresas para provocar a alta de preços, a concorrência desleal, o* dumping*, a venda casada ou venda acima da tabela etc. Sequer é possível perceber o discrimen entre ´ordem econômica´ e ´relações de consumo´. Mais grave, a lei em questão foi promulgada apenas três meses após a edição do CDC (Lei nº 8.078, de 11-9-1990), primeiro Diploma Legal brasileiro a mencionar as ´relações*

> *de consumo´, como bem jurídico especialmente protegido. Estava ainda o Código do Consumidor em* vacatio legis *e já dispúnhamos de outra lei, abastardando-se a sistematização da matéria. Ocorre que as ´relações de consumo´ envolvem sujeitos determinados (o sujeito ativo é sempre fornecedor de produtos ou serviços e sujeito passivo* standard *é sempre o consumidor dos mesmos, na condição de destinatário final) e objeto material representado por produtos ou serviços. O bem jurídico em tela é imaterial, e a proteção penal se dirige a um número indeterminado de pessoas. Daí dizer-se que estão protegidos interesses difusos ou metaindividuais do universo de consumidores. Ora, a Lei nº 8.137/90, no art. 7º, erigindo igualmente as relações de consumo como bem jurídico protegido, quebra o sistema, na medida em que oferece proteção ao consumidor, individualmente considerado e repete tipos da lei de economia popular, em que o adquirente do produto não é, necessariamente, destinatário final da mercadoria (...)"*

Inspirados, todavia, pelas diretivas europeias de proteção e defesa do consumidor[15] e, sobretudo, pela Resolução ONU nº 39/248, de 10-4-1985 e a *Lei-Tipo de Defesa do Consumidor* elaborada pela I.O.C.U. (*International Organization of Consumers´ Unions*), hoje I.C. (*Consumers´International*)[16], os redatores do então anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, optaram pela alocução *relações de consumo,* até porque mais ampla do que *economia popular.*

Uma curiosidade: nosso vigente Código Penal foi pioneiro em utilizar o termo ***consumidor****,* ao dizer, em seu artigo 175, *caput,* que é crime contra o patrimônio, especificamente de *fraude no comércio, "enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente* ***ou consumidor*** *(...)"*

Ou seja, mais de cinquenta anos antes da edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, o tipo penal em questão já **distinguira adquirente de consumidor,** questão essa, aliás, ainda objeto de acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Até porque em seu art. 2º, *caput,* o referido código também diz poder a pessoa jurídica ser considerada como consumidora e não mera *adquirente.*

Não é aqui o lugar nem o tempo para discutirmos tal pendenga. Todavia, não podemos perder a oportunidade de ponderar que tal distinção é fundamental. Ou seja: ***consumidor*** é a parte ***vulnerável*** em dada relação negocial, além de ***destinatário final*** dos objetos dessa mesma relação jurídica. E, por isso mesmo, sujeito de tutelas especiais previstas pelo código do consumidor como, por exemplo, a inversão do ônus da prova nos processos judiciais, a interpretação mais favorável de cláusulas contratuais duvidosas, privilégio de foro etc. Já ***adquirente*** é aquele que também participa dessa relação negocial, pressupondo-se, todavia, que esteja em pé de igualdade com a outra parte interessada (vendedor/fornecedor), aplicando-se-lhe, por conseguinte, as normas do Código Civil ou Comercial.

3. CRITÉRIOS EMPREGADOS NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR: A SISTEMATIZAÇÃO COMO PALAVRA-CHAVE E *GARANTISMO* COMO FUNDAMENTO

As doutas ponderações de Tupinambá Azevedo e Eurico Castello Branco citadas no item anterior realmente procedem, donde nossa preocupação, desde o início da concepção do Código do Consumidor, com uma tutela penal clara, objetiva e, sobretudo, sistemática, respeitando-se o que já havia tanto no corpo do Código Penal como na legislação penal especial.

Tanto assim que fizemos constar, desde o primeiro esboço elaborado[17], o alerta consubstanciado no art. 61 do vigente Código do Consumidor, no sentido de que: ***"constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas no artigo seguinte."***

Conforme parecer então produzido pelo membro da comissão interna do Ministério Público Paulista, Roberto Durço, à época desempenhando as funções de Inspetor Regional do CADE[18], a temática discutida poderia ser resumida nos seguintes pontos, em tom interrogativo aos seus demais componentes:

> *"Dispositivos Penais e Processuais Penais –*
> *a) Deverão constituir simples capítulos do Código de Defesa do Consumidor?*
> *b) Deverão constituir um diploma legal à parte?*

- Ter-se-ia tão simplesmente um diploma legal sem qualquer pretensão de Código ou Consolidação – com a denominação ´Leis Penais e Processuais Penais de Repressão a Infrações contra a Economia Popular´ ou contra mais singela, que desse abrangência de toda a legislação vigente, com certas alterações, e com o acolher de novos tipos penais, em especial que resguardem penalmente o cumprimento do Código de Defesa do Consumidor?

- Ter-se-ia uma ´Consolidação de Leis Penais sobre Infrações contra a Economia Popular´ – por ter por objeto a ´reunião de normas legais dispersas, com o fim de harmonizar e facilitar a sua execução´ (Dicionário Jurídico Brasileiro, Monteiro Lopes)?

- Ter-se-ia, ambiciosamente, um ´Código de Repressão a Infrações contra a Economia `Popular´, pois, conteria a ´formação orgânica do direito´ (como exigia Clóvis *das codificações) afeto à defesa do consumidor?*

Sugestão: – em 1ª etapa inserir no Código de Defesa do Consumidor tão-só:

a) Tipos penais que resguardem especificamente o cumprimento desse Código;

b) Normas processuais que reforcem o combate a essas infrações, especialmente com princípios de responsabilidade objetiva e de imediata interdição do estabelecimento quando o prosseguir de suas atividades criminosas se evidenciar como altamente danoso à economia popular.

Sugestão: – em 2ª etapa elaborar um diploma legal que abrangesse de forma orgânica e hormônica as inúmeras infrações penais nessa área (com aprimoramento da descrição penal) e o criar de novos tipos penais que se fazem necessários (com logicidade na gradação da pena), e com especial cuidado da parte processual, a fim de serem sanadas omissões, incongruências e constantes dúvidas".

E, pelo que se pode verificar do elenco de tipos penais a partir do art. 62 do Código de defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11-9-1990), as sugestões em etapas 1ª e 2ª foram as aprovadas tanto pela comissão interna do Ministério Público de S. Paulo, quanto pela comissão especial do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça.

Não sem antes, entretanto, de discussões a respeito do conteúdo dos então projetados tipos penais consumeristas, como se verá no item seguinte.

Referidos tipos, em suma, como se pode observar de sua leitura em confronto com a parte dispositiva de cunho civil e administrativo (*e.g.*, arts. 8º a 10º, 30 a 37º e outros) do Código do Consumidor, tiveram por fito o ***garantismo*** dessas mesmas normas.

4. AS EXPERIMENTAÇÕES FEITAS ATÉ O RESULTADO FINAL

À guisa de experimentação, com efeito, e partindo-se das alternativas também elencadas no lúcido parecer enfocado acima, tentamos inserir um capítulo do então projetado Código de Defesa do Consumidor, dispositivos já constantes da ainda vigente *Lei de Crimes contra a Economia Popular* (Lei nº 1.521, de 1951), mas modificados e atualizados, exatamente após a vivência dos chamados *planos de estabilização econômica* intentados até o final de 1988. Ou seja, além do tabelamento efetivo de preços de gêneros e mercadorias, estabelecera-se também o *congelamento* desses preços, *maquiagem de embalagens para justificar seus aumentos abusivos*, além de outros tipos de controle governamental de preço e mercado (com base, por exemplo, na análise de planilhas de custos pelo Conselho Interministerial de Preços, *preços acompanhados* ou *preços liberados*, margens de lucro, *fórmula CDI,* isto é, *custo, despesa e lucros* etc.).

E o resultado foi uma verdadeira miscelânea ou uma criatura digna de um *Dr. Frankenstein*. Mesmo porque também tivemos de açambarcar outros tipos penais sob a rubrica de *economia popular* e os comportamentos previstos pela Lei Delegada nº 4, de 1962, parecendo como que um corpo humano normal, mas com um dos braços, por exemplo, totalmente desproporcional ao restante do mesmo corpo, com poucos artigos, mas com infindáveis parágrafos, incisos e alíneas. Além disso, estaríamos a contrariar o espírito que animara a estrutura do próprio Código do Consumidor, ou seja, no sentido de se harmonizarem as suas três tutelas (civil, penal e administrativa) com uma *filosofia* ou *principiologia* original, que tem como bases fundamentais a *vulnerabilidade* do consumidor e sua posição no mercado como o *destinatário final de produtos e serviços.*

Mediante estudos, discussões e sugestões, tanto dos membros da

comissão interna do Ministério Público de S. Paulo, como dos da comissão especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, chegamos ao que hoje está tipificado no Código do Consumidor, deixando para a outra fase (2ª etapa), a que se referiu o Dr. Roberto Durço, para uma efetiva **sistematização de uma classe de delitos que chamamos na ocasião de *Crimes Econômicos*,** com ênfase nos que se refeririam às relações de consumo. Se não vejamos.

4.1 Fase 1ª - Embora aqui não tenhamos o intuito de discutir cada um dos tipos *de per se,* podemos desde logo afirmar que o critério que nos levou à criação dos tipos vigentes no Código de Defesa do Consumidor foi o de se **garantir o cumprimento dos dispositivos de ordem civil e administrativa.**

Em suma, poderíamos então dizer que os delitos concebidos para o Código do Consumidor se deveram a:

> **A) Necessidade de especificação de condutas reputadas graves para a tutela geral do consumidor;**
> **B) Sua harmonização com as normas penais já existentes no corpo do Código Penal e na legislação especial;**
> **C) Punição de comportamentos considerados de tal forma graves que seriam insuficientes meras punições administrativas ou civis;**
> **D) Prevenção de novos delitos contra as relações de consumo;**
> **E) Efetividade das normas de natureza civil e administrativa do próprio código bem como de outras normas de proteção/defesa indireta e direta das *relações de consumo*.**

4.2 Fase 2ª – Antevíamos, já em 1988, que futuramente haveria uma consolidação – **em uma lei especial** ou **num novo Código Penal** – dos já referidos ***crimes econômicos,*** mediante o seguinte critério:

> **A) os constantes já do Código do Consumidor;**
> **B) os constantes da *Lei de Incorporações de Imóveis***

(Lei nº 4.591/1964);
C) os estabelecidos pela *Lei de Parcelamento do Solo Urbano* (Lei nº 6.766/1979);
D) alguns tipos vigentes na *Lei de Crimes contra a Economia Popular* (Lei nº 1.521/1951);
E) e outros da Lei nº 8.137/1990.

5. UM NOVO CÓDIGO PENAL: TENTATIVA CONCRETA ANTERIOR FRUSTRADA

Em prol da tese de etapas na consolidação das normas de caráter penal econômico, assinalamos que, pelas Resoluções SJDC-10 de 3-3-1993, e SJDC-37, de 21-9-1993, a Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania do Estado de S. Paulo constituíra comissão de juristas com vistas àquele estudo, e especialmente com o fito de colaborar com a *Comissão de Juristas* do Ministério da Justiça, encarregada de elaborar um *Anteprojeto de Código Penal*, parte especial, então presidida pelo Prof. Evandro Lins e Silva.

A Comissão Paulista, presidida pelo Prof. Damásio Evangelista de Jesus, a final chegou a apresentar seu trabalho que, **em última análise, consolidara os delitos esparsos pelas leis já aqui discutidas,** optou pelos tipos abertos e de perigo, independentemente de qualquer lesão, **levando-se em vista a sociedade como potencial vítima das práticas reprováveis**, **entendendo-se que o simples fato de atentarem contra as relações de consumo, tornava-os *delitos de lesão,* exatamente pelo bem jurídico relevante prejudicado**.

Foram então propostos, por exemplo, os seguintes delitos, já existentes, mas então consolidados, e dispersos pela legislação já referida:

- ✓ *de oferta ou publicidade enganosa;*
- ✓ *oferta ou publicidade abusiva;*
- ✓ *omissão de organização de dados informativos da publicidade;*
- ✓ *omissão de recomendações, dizeres ou sinais sobre a nocividade ou periculosidade de produtos e serviços;*
- ✓ *omissão de comunicação sobre serviço perigoso ou nocivo,*

- ✓ *venda casada;*
- ✓ *infringência a preço tabelado ou controlado;*
- ✓ *não afixação de preços, reajustamento ou indexação irregular;*
- ✓ *ágio, favorecimento ou preferência irregular;*
- ✓ *oferta ou fornecimento de produto ou serviço em desacordo com as normas regulamentares;*
- ✓ *produtos fraudulentamente misturados;*
- ✓ *adulteração de produto;*
- ✓ *fraude no preço;*
- ✓ *fraude no peso, medida ou quantidade;*
- ✓ *alteração de prazo de validade;*
- ✓ *produto ou serviço sem registro ou autorização;*
- ✓ *elevação ilegal de preço na venda a prazo;*
- ✓ *sonegação de produto ou matéria-prima;*
- ✓ *recusa de prestação de serviço;*
- ✓ *produto impróprio;*
- ✓ *reaproveitamento de produto descartável;*
- ✓ *sonegação de informações e impedimentos de exames;*
- ✓ *falsidade intelectual;*
- ✓ *emprego de peças ou componentes usados;*
- ✓ *cobrança ilegal de dívida;*
- ✓ *impedimento indevido de acesso a informações, omissão ou correção de informações em bancos de dados;*
- ✓ *especulações e processos fraudulentos;*
- ✓ *omissão indevida de entrega de produto ou realização de serviço;*
- ✓ *usuras pecuniária e real*[19].

Ao que se viu, contudo, referido trabalho não foi aproveitado na época, **mas veem-se claramente essas preocupações no Projeto de Novo Código Penal,** ora apreciado pelo Congresso Nacional, ou seja, a partir do seu artigo 427.

6. NOSSAS SUGESTÕES: QUADRO COMPARATIVO

Tão logo nos inteiramos dos dispositivos propostos e os analisamos,

desde logo os aplaudimos, **porquanto espelharam exatamente as propostas então formuladas por nós, integrantes da comissão original de elaboração do Código de Defesa do Consumidor, bem como, posteriormente, pela comissão da Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania do Estado de S. Paulo.**

Ou seja: **num primeiro momento**, tipos bem específicos sobre relações de consumo; **num segundo**, entretanto, sua consolidação, juntamente com outros delitos de conteúdo econômico, num novo Código Penal, colocando-se um paradeiro à dispersão de normas de caráter penal, como sói, aliás, ocorrer na grande maioria dos países.

Entretanto, exatamente em razão da importância da *Lei de Crimes contra a Economia Popular*, e da própria Lei nº 8.137/1990, ousamos apresentar um quadro abaixo esboçado, com sugestões desse aproveitamento, de forma objetiva e clara. Até porque, conforme dispositivo final do projeto ora sob exame do Congresso Nacional, ambos os diplomas legais em questão seriam pura e simplesmente revogados[20]. Aliás, com relação aos artigos 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990, **já o haviam sido pela Lei nº 12.529, de 30-11-2011,** lei essa que *reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*[21].

QUADRO COMPARATIVO DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO:
proposta do novo Código Penal (esquerda) e legislação revogada ou aproveitada (direita)

LEGENDAS ABAIXO

= Art. (...) corresponde a artigo de lei já existente

CDC – Código de Defesa do Consumidor

(?) (...) ? – dispositivo revogado pela nova proposta de Código Penal (na coluna da esquerda) mas que deveria ser aproveitado, conforme proposta nesta coluna da direita à

Art. 427 - Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. § 1° Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. § 2° Se o crime é culposo: Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa.	**= Art. 63 do CDC**
Art. 428. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos.	**= Art. 64 do CDC**
Art. 429. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.	**= Art. 65 do CDC**

Art. 430. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. 168 § 2º Se o crime é culposo: Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa. Art. 431. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena – prisão, de seis meses a dois anos.	= **Art. 66 do CDC** = **Art. 66 do CDC** = **Art. 67 do CDC**
Art. 432. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena – prisão, de seis meses a dois anos.	= **Art. 68 do CDC**
Art. 433. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor, tornando o produto perigoso ou nocivo ao consumo: Pena – prisão, de seis meses a dois anos.	= **Art. 70 do CDC**
Art. 434. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena – prisão, de um a quatro anos.	= **Art. 71 do CDC**

Art. 435. Favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores: Pena - prisão, de seis meses a dois anos, ou multa.	**= art. 7º, inc. I da Lei 8.137/90**
Art. 436. Promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações: 169 Pena – prisão, de um a cinco anos. § 1º lncorrem na mesma pena: I - o incorporador, o corretor e o construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais ou sobre a construção das edificações; II - o incorporador, o corretor e o construtor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, ainda que a título de empréstimo, em proveito próprio ou de terceiros, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração, sem prévia autorização dos interessados.	**= Art. 65 da Lei 4.591/64** **= Art. 65 da Lei 4.591/64**

Art. 437. Vender ou expor à venda mercadoria cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição, ou cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial: Pena - prisão, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se a ação for culposa, a pena será de seis meses a um ano, ou multa.	**= Art. 7º, inc. II, Lei 8.137/90** **= Art. 7º, inc. II, Lei 8.137/90**
Art. 438. Dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença, ou em desacordo com as disposições das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios: Pena – prisão, de um a quatro anos.	**= Art. 55 da Lei 6.766/79**
Art. 439. Fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou 170 desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo: Pena – prisão, de um a quatro anos.	**= Art. 55 Lei 6.766/79**
Art. 440. Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado: Pena – prisão, de um a dois anos.	**= Art. 55 Lei 6.766/79**

Art. 441. Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado: Pena - prisão, de um a dois anos.	**= Art. 55 Lei 6.766/79** **= Art. 55 Lei 6.766/79**
Art. 442. Misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo: Pena - prisão, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se a ação for culposa, a pena será de seis meses a um ano, ou multa.	**= Art. 7º, inc. III, Lei 8.137/90**
Art. 443. Fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; ou d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação 171 dos serviços; Pena - prisão, de seis meses a dois anos	**= Art. 7º, inc. IV, Lei 8.137/90**

Art. 444. Vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo. Pena - prisão, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se a ação for culposa, a pena será de seis meses a um ano, ou multa.	**= Art. 7º, inc. IX, Lei 8.137/90**
Art. 445. Enganar, no exercício de atividade comercial, o consumidor ou usuário, porvia de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária: Pena - prisão, de seis meses a dois anos.	**+ ou - = Art. 7º, inc. VII, Lei 8.137/90 (induzir o consumidor ou usuário a erro)** **= Art. 7º, inc. VII, Lei 8.137/90**
Art. 446. Para os crimes previstos neste Capítulo, são circunstâncias que podem agravar a pena de um terço até a metade: I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade; II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo; III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento; IV - quando cometidos em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não; ou V - serem praticados em operações que envolvam alimentos ou medicamentos.	**= Art. 76 do CDC**
(?) VENDA CASADA?	**Vide - Art. 5º, II, Lei 8.137/90 "subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço"**

(?) TABELAMENTO DE PREÇOS?	**Vide - Art. 6º, I, Lei 8.137/90 "vender ou oferecer à venda mercadoria ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle"**
(?) ESPECULAÇÃO?	**Vide - Art. 6º, II, Lei 8.137/90 – "aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação do contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente"**
(?) ÁGIO?	**Vide - Art. 6º, III, Lei 8.137/90 – "exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrativo, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio de doação ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação."**

(?) ESTELIONATO COLETIVO?	**Vide - Art. 2º, IX da Lei 1.521/51 – "obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos – bola de neve, cadeias, pichardismo e quaisquer outros equivalentes"**
(?) NÃO ENTREGA DE BENS VENDIDOS?	**Vide - Art. 2º, X, Lei 1.521/51 – "violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior dop que a correspondente à depreciação do objeto"**
(?) FRAUDE DE PESOS E MEDIDAS?	**Vide - Art. 2º, XI, Lei 1.521/51 - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento, possuí-los ou detê-los para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados"**

(?) USURA PECUNIÁRIA?	**Vide - Art. 4º, ´a´, Lei 1.521/51 – "cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei, dobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito"**
(?) USURA REAL?	**Vide - Art. 4º, ´b´ - "obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida".**

Notas

[1] Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Ed. Atlas, SP, 11ª edição, págs. 316-321.

[2] Também integraram a referida comissão conjunta os então Promotores de Justiça Roberto Durço, à época Inspetor Regional do CADE, Walter Antônio Dias Duarte, Marco Antônio Zanellato, Daniel Roberto Fink, Luís Cyrillo Ferreira Jr., Renato Martins Costa, Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, o Procurador do Estado Marcelo Gomes Sodré e a então Assessora Especial do PROCON-SP Mariângela Sarrubbo. Fonte: arquivo pessoal do autor, doado, em 2002, ao Centro de Memória e Documentação Histórica do Ministério Público do Estado de S. Paulo.

[3] In Proteção ao Consumidor, Ed. Forense, RJ, 1977.

[4] Tanto assim que em 1984, o Prof. Luiz Amaral, da Universidade de Brasília, e que viria a ser o Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor no ano seguinte, após ingentes esforços, lançou pela Fundação Senador Petrônio Portella uma compilação de toda a legislação que cuidava direta ou indiretamente da proteção ou defesa do consumidor, em nada

mais, nada menos que quatro volumes, com 1.250 páginas cada um.

[5] Vide a respeito nosso trabalho intitulado A defesa do consumidor e os crimes contra a economia popular – (Defesa do consumidor – textos básicos), publicação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça. Brasília, DF, em duas edições: 1987 (págs. 149-159) e 1988 (págs. 187-197).

[6] Editado pelo Departamento de Publicações da Associação Paulista do Ministério Público em conjunto com a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, março de 1986.

[7] Cf. nosso artigo a respeito, Infrações Penais e Medidas Provisórias, publicado na Revista Justitia, do Ministério Público do Estado de S. Paulo, vol. 150, págs. 25-29 e na Revista dos Tribunais, volume 659, págs. 367-370.

[8] Cf., a esse respeito, nosso artigo Crimes contra o Consumidor: art. 7º da Lei nº 8.137/90 e o Código de Defesa do Consumidor. Revista Brasileira de Ciências Criminais, coordenada por Ana Sofia Schmidt de Oliveira, SP: Revista dos Tribunais, nº 28, 1999.

[9] Cf. o Decreto-lei nº 869, de 18-11-1938, in Anotações às Leis de Segurança e Economia Popular: legislação – jurisprudência – doutrina, de Eurico Castello Branco, Livraria Jacintho Editora, RJ, 1940, págs. 147 e ss.

[10] Cf. obra acima citada, pág. 147.

[11] Destaques nossos em negrito.

[12] Destaques, idem.

[13] Cf. nosso Manual de Direitos do Consumidor, Ed. Atlas, SP, 11ª edição, 2012, págs. 297-299.

[14] Destaques nossos em negrito.

[15] Cf., a esse respeito, Política de Consumidores na Europa: o acervo do direito europeu do consumo, do Prof. Mário Frota, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 2003.

[16] Cf. nosso Manual de Direitos do Consumidor, Ed. Atlas, SP, 11ª edição, 2012, pág. 761 e ss.

[17] A vigente Lei nº 8.078/1990 teve como origem nada menos que 6 (seis) esboços desde o início dos trabalhos da comissão especial do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, de junho a novembro de 1988, até a sua versão final, que foi publicada no *Diário Oficial da União*, edição especial, no dia 4 de janeiro de 1989, para ampla divulgação e recebimento de outras sugestões. Fonte: arquivo pessoal do autor, doado em 2002 ao Centro de Memória e Documentação Histórica do Ministério Público do Estado de S. Paulo.

[18] Fonte:idem, conforme nota anterior.

[19] Fonte: arquivos do extinto CENACON – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de S. Paulo, implantado e coordenado pelo autor por treze anos, e de acordo com relatório apresentado na época (1993) pelo Dr. Marco Antônio Zanellato, representante do Ministério Público Paulista junto à Comissão Estadual constituída pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça e Defesa da Cidadania a que nos referimos

[20] Cf. art. 544 do projeto referido.

[21] Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Ed. Atlas, SP, 11ª edição, 2012, pág. 75 e ss., ao tratarmos da livre concorrência, abuso do poder econômico e consumidor.

MANDADO DE SEGURANÇA: DESISTÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Sylvera Salles de Santana Aragão*

RESUMO: A Lei 12.016/2009 regulamentou o mandado de segurança e introduziu algumas inovações no tratamento destinado ao *writ* coletivo. O presente trabalho objetiva fixar uma análise da obrigatoriedade de desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência de mandado de segurança coletivo, a fim de assegurar os efeitos da coisa julgada da tutela coletiva ao impetrante a título individual, conforme regramento disposto no artigo 22, § 1º da lei em comento. Ocorre que essa desistência poderia redundar na perda do direito assegurado pelo *mandamus*, que não poderia ser renovado, tendo em vista a observância do prazo de cento e vinte dias previsto no artigo 23 da mesma lei. Dessa forma, busca-se abordar as consequências desta desistência frente à tutela dos direitos fundamentais, questionando a sua possível inconstitucionalidade. O mandado de segurança encontra previsão legal na Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos fundamentais e insere-se dentre os remédios constitucionais. Trata-se de relevante instrumento de garantia destes direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Segurança. Coisa Julgada. Desistência, Inconstitucionalidade, Efeitos.

1. INTRODUÇÃO

O mandado de segurança é um dos remédios constitucionais, com previsão legal na Constituição Federal, incisos LXIX e LXX do art. 5º, capítulo que trata dos Direitos Fundamentais.

Segundo Alexandre de Moraes, (2011, p. 162): "O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagrou novamente o mandado de segurança, introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934

* Bacharela em Direito graduada pela Faculdade de Sergipe – FASE; Pós-graduada no Curso de Especialização lato sensu em Direito Constitucional – Universidade Anhanguera – Uniderp.

e que não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro".

A carta maior mantém a tradição das anteriores, destacando em capítulo autônomo, os direitos e garantias individuais e coletivos. Esta consagração é relevante em virtude da hierarquia das normas legais, uma vez que faz com que tais disposições se sobreponham, tanto ao legislador ordinário quanto ao administrador público. O dispositivo trata do âmbito de cabimento do *writ* constitucional e de alguns aspectos sobre a legitimidade.

Aduz Pedro Lenza (2011, p. 943) "o mandado de segurança, criação brasileira, é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista, etc."

Este instituto visa assegurar aos legitimados de que um direito líquido e certo seja garantido, desde que a violação deste direito não possa ser combatida por *Habeas Corpus* ou *Habeas Datas*, caracterizando-se assim como ação residual. Dessa forma, este remédio constitucional não tutela todo o universo das liberdades públicas.

Segundo Vicente Grego (2010, p.12):

> Tendo a mesma origem do *habeas corpus*, constitui o mandado de segurança o meio mais eficaz para a correção da ilegalidade do representante do Poder Público contra o particular, nos casos não enquadráveis no *habeas corpus* ou *habeas data*. O *habeas corpus* tutela a liberdade de ir e vir, a liberdade física primária da pessoa ou a ameaça a ela; o *habeas data* tutela o direito às informações de caráter pessoal ou a sua retificação se incorretas, constantes de instituições de caráter público. O *habeas corpus* tem seu tratamento processual no Código de Processo Penal: o *habeas data* na Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997.

A Constituição de 1988 inseriu no rol de garantias e Direitos Fundamentais o Mandado de Segurança Coletivo, que tem como escopo dar mais celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, já que através da decisão atinge um número indeterminado de pessoas.

No ano de 2009 foi editada a Lei nº 12016, que regulamenta o mandado

de segurança individual e coletivo. Tal norma não modificou o tratamento destinado ao mandado de segurança individual, todavia no que concerne ao mandado de segurança coletivo apresentou algumas inovações, conforme se verifica quando da apreciação dos artigos 21 e 22 da retromencionada legislação.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O mandado de segurança foi introduzido no ordenamento pátrio por meio da Constituição de 1934. Até então, a Constituição de 1891 previa o instituto do *habeas corpus* para além de seus clássicos limites, sendo utilizado para defesa de qualquer direito violado em função de ilegalidade ou abuso de poder.

O *habeas corpus* voltou a ter sua abrangência limitada às questões referentes ao direito de locomoção no ano de 1926.

Em que pese a introdução do *writ* em estudo no texto constitucional de 1934, este foi suprimido na Carta Maior de 1937. Todavia, em 1946 voltou a ter previsão expressa, e, em 1951 foi regulado pela Lei 1533. Tal norma cuidou de regulamentar o mandado de segurança individual.

Acerca do remédio constitucional ora em comento preleciona Pedro Lenza (2011, p. 943):

> Restringindo o alcance da "teoria brasileira *do habeas corpus*" pela reforma constitucional de 1926, sob forte influência da doutrina e jurisprudência da época, que buscavam nas ações possessórias instrumentos para suprir a lacuna deixada pela aludida reforma, o mandado de segurança é constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Carta Maior e permanecendo nas posteriores, com exceção da de 1937.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, LXX, a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo, o que, até então, não havia sido feito. Dessa forma, o ordenamento jurídico não previa expressamente a possibilidade de impetração deste *mandamus* na modalidade coletiva.

No que concerne às regras gerais, estas foram regulamentadas pela Lei nº 1533, de 31.12.1951, além de outros dispositivos. Todavia, na atualidade, estão dispostas na Lei nº 12.016, de 07.08.2009.

Preconiza Vicente Greco Filho (2010, p. 9):

> A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, publicado no DOU de 10 do mesmo mês, disciplinou integralmente o processo do mandado de segurança individual, anteriormente regulado pela Lei nº 1.533/51, e o Mandado de Segurança Coletivo, em relação ao qual havia um vazio legislativo, que era integrado pela doutrina e jurisprudência, eis que existente e eficaz desde a Constituição de 1988.

A nova Lei consolidou as normas sobre mandado de segurança das Leis 1.533/51, 4.166/62, 4.348/64 e outras, regulando, pois, toda a matéria, de modo que, ainda que não constantes de revogação expressa, estão tacitamente revogados todos os dispositivos relativos ao Mandado de Segurança de outra legislação eventualmente existente.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA

O conceito do mandado de segurança é estabelecido no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal. O dispositivo trata do âmbito de cabimento do *writ* constitucional e delineia aspectos acerca da legitimidade.

Este instituto encontra previsão legal na Constituição Federal, no rol de direitos e garantias individuais, art. 5º, incisos LXIX e LXX:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas corpus*" ou "*habeas data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

> LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
>
> a) Partido político com representação no Congresso Nacional:
>
> b) Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados

Acerca do Mandado de Segurança, aduz Hely Lopes Meirelles (2007, p.25):

> Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Preceitua Vicente Greco (2010, p.12):

> Apesar de ter embasamento constitucional, o mandado de segurança é uma ação e deve ser estudado dentro da teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo. É certo que tem aspectos especiais que alteram as regras gerais, por exemplo, sobre legitimidade, mas tais disposições específicas não o retiram da categoria jurídica de ação. [...]. O mandado de segurança é uma ação e, portanto, deve ser estudado dentro da teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo. Nesse sentido, tem pressupostos subjetivos e objetivos, sem dúvida,

> inclusive formais. Todavia, já se argumentou que a qualificação do instituto como ação limitaria o seu poder de tutela constitucional de liberdades públicas, de *writ* constitucional, e que estaria acima de qualquer categorização processual, mas essa colocação é, talvez, exagerada e pode ser conciliada da seguinte maneira; como ação, em princípio, devem ser respeitados os requisitos formais processuais, mas se as categorias processuais puderem, em tese, vir a aparentemente restringir a garantia constitucional, basta ao intérprete afastá-las, fazendo valer a predominância das normas constitucionais sobre a teoria do processo, de modo que o tratamento como ação pode continuar a ser feito porque enriquece o entendimento da figura, sabendo-se, porém, que não será óbice à efetividade da medida, se assim exigir a tutela constitucional.

Depreende-se do texto legal, que são requisitos do mandado de segurança: a ameaça ao direito líquido e certo; que a matéria não seja amparada por habeas corpus ou habeas data; a existência de um ato de ilegalidade ou mesmo de abuso de poder e que o ato tenha como autor autoridade pública ou agente, no exercício de atribuições próprias da Administração Pública.

Discorre Vicente Grego (2010, p. 14):

> Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que por integração de sua vontade concretiza a lesão, a violação do direito individual. Não é, pois, autoridade coatora aquela que estabelece regras e ordena *in genere*, ainda que ilegalmente, nem aquela que executa o ato sem a integração de sua vontade.

O que se indica como critério, utilizado também por Hely Lopes Meirelles, na verificação da autoridade coatora é analisar se esta tem competência para desfazê-lo, índice que apontaria a participação de sua vontade no ato e, portanto, sua condição de autoridade coatora.

Por meio do mandado de segurança, busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, causadores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder.

Aduz Marcelo Novelino (2013, p. 588): "A expressão direito líquido e certo, a rigor, não está ligada ao direito em si, mas aos fatos que se pretende provar. Por essa razão, a concessão do mandado de segurança não fica inviabilizada quando houver controvérsia sobre matéria de direito.(Súmula 625/STF)."

Quando a ação for coletiva buscar-se-á, a preservação ou reparação de interesses transindividuais, individuais homogêneos ou coletivos.

Nesse sentido Pedro Lenza (2011 p. 948):

> O art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009, na linha do CDC, define: individuais homogêneos: assim entendidos, para efeitos desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante; coletivos: assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

O direito líquido e certo é aquele que não necessita de prolação probatória. Esta expressão faz referência ao ato ilegal ou abusivo que pode ser demonstrado de plano, por meio de prova meramente documental. Havendo necessidade de cognição profunda esta ação mandamental não deverá ser utilizada.

Aduz Pedro Lenza (2011, p. 945):

> O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.

Nessa quadra, o mandado de segurança segue um rito procedimental e documental. Exige-se, em regra, que o impetrante junte à inicial toda a prova que dispõe. Considera-se líquido e certo o direito possível de ser provado de plano, no ato da impetração, por meio de documentos, ou o que é reconhecido pela autoridade coatora dispensando, por conseguinte, dilação probatória.

A juntada de documentos após o ajuizamento da ação só é admitida excepcionalmente, como no caso de pedido de exibição incidental feito pelo impetrante (Lei 12.016/2009, art. 6º, § 1º) ou quando houver necessidade de juntar novos documentos, em razão das informações prestadas. Segundo entendimento sumulado pelo STF, "não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal" (Súmula 474/STF).

Impende salientar que não há possibilidade de impetração deste *writ* contra atos meramente normativos, contra a coisa julgada e contra os atos *interna corporis*. Destina-se a atacar o ato administrativo específico, mas por exceção ataca-se as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não exista recurso apto a impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

Levando-se em consideração o momento de impetração, este *writ* verificar-se-á de forma reparatória, quando impetrado para reparar uma lesão já evidenciada, ou poderá ocorrer na modalidade preventiva, se a finalidade é evitar uma lesão a direito líquido e certo, devendo para tanto a ameaça lesionadora ser grave, séria e objetiva.

Alexandre de Moraes (2011, p. 162-163):

> O mandado de segurança poderá ser repressivo de uma ilegalidade já cometida, ou preventivo quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Neste caso, porém, sempre haverá a necessidade de comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo

> em risco o direito do impetrante, ou no dizer de Caio Tácito, "atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se esse propósito, a lesão de direito se torne efetiva".

Segundo Vicente Greco (2011, p 12):

> O mandado de segurança quando impetrado para a correção de ilegalidade ou abuso de poder já consumados denomina-se corretivo ou repressivo; porém, quando a ilegalidade encontra-se na fase de ameaça diz-se preventivo. Nesta fase, a da ameaça, para que exista o interesse processual para a impetração, há necessidade de que a situação seja de perigo concreto, determinado em face de alguém e imediato de lesão, não se justificando a ameaça remota, genérica e abstrata, como, por exemplo, a lei em tese, ainda que inconstitucional.

Conforme entendimento de Vicente Greco Filho, (2010, p.12): "A Lei repete o conceito e acrescenta a possibilidade, já consagrada, do mandado de segurança preventivo, quando a violação do direito encontra-se em fase de ameaça".

O mandado de segurança, quanto à modalidade, pode ser classificado em individual e coletivo e constitui importante recurso na defesa dos direitos fundamentais. O marco diferenciador entre os dois institutos reside no objeto e na legitimação ativa. Ademais, tudo que se relaciona ao *mandamus* individual é adotado para a modalidade coletiva.

4. LEGITIMIDADE

A legitimidade ativa do mandado de segurança individual será de qualquer pessoa física ou jurídica. No tocante às pessoas físicas, têm legitimidade brasileiros e estrangeiros. Em que pese a redação do caput do art. 5º indicar apenas a legitimidade dos brasileiros e estrangeiros residentes do país, o STF orienta no sentido de que a condição jurídica de estrangeiros que não possuam domicílio no Brasil não impossibilita o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade, nem subtrai

o Poder Público do dever de respeitar as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional, que o ordenamento positivo assegura a qualquer pessoa.

No que se refere às pessoas jurídicas, a impetração poderá ser feita tanto pelas pessoas jurídicas de direito privado, quanto de direito público.

Segundo Novelino (2013, p.586):

> Ainda que em sua concepção original, os direitos e garantias individuais tenham sido pensados para proteger os indivíduos dos poderes públicos, é incompatível com o atual paradigma de Estado Constitucional Democrático qualquer exercício abusivo de autoridade em matéria de limitação ou supressão de direitos, motivo pelo qual devem ser asseguradas às próprias pessoas jurídicas de direito público certos direitos fundamentais, em particular, os de natureza procedimental. Essa visão do tema também encontra apoio na jurisprudência do STF, que, inclusive, já sumulou entendimento sobre a competência da justiça federal para "processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança. (Súmula 511/ STF)

Assevera Hely Lopes (2007, p. 25-,26):

> Não só as pessoas físicas e jurídicas podem utilizar-se e ser passíveis de mandado de segurança, como também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual. (...) Respondem também em mandado de segurança as autoridades judiciárias quando pratiquem atos administrativos ou profiram decisões judiciais que lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.

O dispositivo legal apenas menciona as pessoas físicas e jurídicas, porém a legitimidade ativa também se estende às pessoas formais,

tais como espólio, massa falida e condomínio, além dos entes despersonalizados.

No que concerne à legitimidade passiva, a doutrina divergia sobre quem seria a parte legítima para configurar no polo passivo. Tal impasse foi dirimido com a edição da lei do mandado de segurança, já que este diploma legal passou a exigir a indicação tanto da autoridade coatora como da pessoa jurídica a que ela está vinculada.

Sobre a legitimidade passiva pondera Pedro Lenza (2011, p. 946):

> Nos termos do art. 1º, §1º, do referido ato normativo, equiparam-se às autoridades, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.
> A lei deixa claro, em seu art. 1º, §2º, que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Conforme o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009: "Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática" .

Atinente aos que se encontram na condição de superior hierárquico dispõe a súmula do STF – RMS 26.211, voto do rel. Min. Luiz Fux (27.09.2011):

> Mesmo após a edição da Lei 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança, aquele que, na condição de superior hierárquico, não pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução de um ato não poderá figurar como autoridade coatora. Caso contrário, o presidente da República seria autoridade coatora em todos os mandados de segurança impetrados contra ações ou omissões danosas verificadas no âmbito federal.

Ainda, conforme o referido ato normativo, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, além dos dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público equiparam-se às autoridades. Todavia, deve-se observar que tal equiparação refere-se somente ao que for concernente a tais atribuições.

Discorre Vicente Grego (2010, p. 14):

> Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que por integração de sua vontade concretiza a lesão, a violação do direito individual. Não, é pois, autoridade coatora aquela que estabelece regras e ordena *in genere*, ainda que ilegalmente, nem aquela que executa o ato sem a integração de sua vontade.

Já no que se refere ao mandado coletivo, a legitimidade ativa encontra-se traçada no art. 5º, LXX:

> O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
> a) Partido político com representação no Congresso Nacional;
> b) Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A legitimidade ativa também recebe tratamento legal no artigo 21 da Lei 12016/2009:

> O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos

> da totalidade, ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Em relação aos partidos políticos, verifica-se a exigência de dois requisitos: necessidade de pelo menos um representante na Câmara ou Senado, além da impetração se dar na defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

O requisito da defesa dos interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária tem sido alvo de divergência.

Neste sentido aduz Marcelino Novelino (2013, p. 593):

> [...]A interpretação de que a lei, ao estabelecer este novo requisito, estaria exigindo a demonstração de pertinência temática em relação a interesses do próprio partido ou de se seus filiados, esvaziaria completamente o dispositivo constitucional (CF, art. 5º, LXX, a) e o tornaria sem sentido, uma vez que os partidos políticos possuem a estrutura administrativa de associação e, portanto, enquadram-se na previsão genérica da alínea b. Se fosse para exigir a impetração apenas na defesa de seus interesses e de seus membros, por que o constituinte originário criaria dois dispositivos (alíneas a e b) distintos?
>
> A interpretação restritiva dos interesses legítimos relativos à finalidade partidária, a nosso ver, torna a intervenção legislativa inconstitucional. Uma interpretação à luz da Constituição exige que a expressão "finalidade partidária" seja compreendida de forma ampla, como sendo o objetivo dos partidos políticos em geral. Nos termos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, estes se destinam a "assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal" (Lei 9.096/1995, art.1º). A legitimidade do partido político, portanto, não pode ser interpretada

> como sendo restrita apenas aos interesses de seus membros ou do próprio partido.

No que concerne à exigência de que o partido político tenha, pelo menos, um representante no Congresso Nacional, a futura perda desta representação não acarretará a perda superveniente de legitimação.

Impende trazer a lume entendimento de Marcelo Novelino quanto a este tema. Aduz o doutrinador que, caso o partido político não tenha representante no Congresso Nacional, porém, esteja legalmente constituído e em funcionamento há pelo menos um ano, poderá o *writ* ser impetrado na condição de associação.

A organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, conforme se verifica em lei, também possui legitimidade para impetrar o mandado de segurança. No que concerne a estes legitimados, convém indicar que a lei inovou em relação à Constituição no sentido da defesa dos interesses da totalidade, ou de parte dos integrantes, em relação aos interesses pertinentes à finalidade do legitimado e à dispensa de autorização especial.

É imperioso apresentar entendimento jurisprudencial atinente ao requisito de um ano de constituição e funcionamento. O STF tem decisões no sentido de exigir tal requisito tanto pelas associações como pelas entidades de classe, sendo dispensado apenas em relação aos sindicatos.

Conforme a Súmula STF – RE 198.919, rel. Min. Gilmar Galvão (15.06.1999): "Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento".

Entretanto, parte da doutrina entende que o requisito de um ano deve ser exigido tão somente em relação às associações, não devendo ser aplicado ao sindicatos e entidades de classe.

5. MANDADO DE SEGURANÇA: DESISTÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O art. 472 do CPC estabelece que a coisa julgada vincula as partes, não atingindo terceiros, que não serão beneficiados ou prejudicados.

Ou seja, ocorre a eficácia *inter partes* da coisa julgada. Esta é a regra no sistema processual, ao menos no tocante à tutela individual.

De outro modo, no que diz respeito à tutela coletiva, a regra da coisa julgada *inter partes* não se repete. De acordo com Gajardoni: "O regime da coisa julgada no processo coletivo, entretanto, é absolutamente diverso do previsto para o processo individual"

Aduz Daniel Assumpção (2013, p. 544):

> (...) O tema é versado no art. 103 do CDC e varia conforme a espécie do direito coletivo *lato sensu* que compõe o objeto do processo. Nos direitos difusos a coisa julgada se opera *erga omnes* (perante toda a coletividade), em razão da indeterminação e indeterminalidade dos titulares do direito (inciso I). Nos direitos coletivos a coisa julgada é formada *ultra partes* (vincula pessoas que não participa do processo como partes), atingindo somente os sujeitos que compõem um grupo, classe ou categoria de pessoas (inciso II). Nos direitos individuais homogêneos a coisa julgada é formada *ultra partes*, porque só atinge os titulares do direito individual cujo somatório forma os direitos individuais homogêneos. Apesar disso, o art. 103, III, do CDC, prevê que a coisa julgada nesse caso se opera *erga omnes*, o que parece equivocado, mas não gera consequências jurídicas, considerando que os sujeitos que não são titulares do direito individual homogêneo são terceiros desinteressados, que, apesar de não suportarem a coisa julgada, não têm legitimidade para discuti-la e afastá-la em juízo.

Por outro lado, Ronaldo Lima dos Santos:

> Entre as diversas ressignificações de institutos processuais, o microssistema das ações coletivas concedeu um novo regime à coisa julgada, afastando-a da tradicional regra do artigo 472 do Código de Processo Civil, reconfigurando-a para adaptá-la às peculiaridades dos conflitos de massa"

> A principal característica da coisa julgada coletiva consiste no fato de que ela "não respeita os limites subjetivos traçados pelo art. 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas.[...]

De acordo com sistema tradicional da coisa julgada, esta se opera com a resolução do mérito, não importando qual o resultado obtido no caso concreto, ou seja, *pro et contra*. Todavia, convém indicar que a coisa julgada no processo coletivo se realiza: *secundum eventum litis*, em que nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, dependendo para tanto do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado; *secundum eventum probationis* em que a improcedência por falta de provas não impede a repropositura da ação coletiva mediante a indicação de prova nova, inclusive pelo próprio autor da sentença desacolhida; e a coisa julgada *in utilibus* onde diversamente do processo individual, os efeitos da sentença proferida na sentença no processo coletivo, como regra, só se prestam a beneficiar o indivíduo, nunca o prejudicando.

Preceitua, ainda, Daniel Assumpção (2013, p. 560):

> Segundo previsão do art.103, §1º do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III. Significa dizer que, decorrendo de uma mesma situação fática jurídica consequências no plano do direito coletivo e individual e sendo julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação – os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais. A única sentença que os vincula é de procedência, porque essa naturalmente os beneficia, permitindo-se que o indivíduo se valha dessa sentença coletiva, liquidando-a no foro do

> seu domicílio e posteriormente executando-a, o que o dispensará do processo de conhecimento. A doutrina fala em coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material.

Assim, havendo a procedência da ação coletiva os interessados poderão individualmente liquidar a sentença. Por outro lado, caso ocorra a improcedência da ação coletiva, não há impedimento que obste os indivíduos de ajuizarem suas ações individuais relacionadas aos mesmos fatos, pois o legislador buscou salvaguardar os interesses particulares de uma eventual e desastrosa investida do autor coletivo.

Nesse sentido, o Código de Direito do Consumidor, em seu artigo 104, dispõe de regra para que o interessado se exclua da jurisdição coletiva, ou seja, para que o interessado se beneficie da coisa julgada coletiva, caso tenha ação individual correspondente ajuizada ao tempo da ação coletiva. Tal dispositivo estabelece que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão o indivíduo, que tiver proposto a sua ação individual, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva:

> Art. 104 do CDC: As ações coletivas previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Assim, percebemos que caso ocorra a pendência dos *writs* individual e coletivo correspondentes, o impetrante apenas terá o benefício da decisão proferida no *mandamus* coletivo, caso haja solicitado a suspensão do seu processo individual, devendo para tanto requerê-la no prazo de trinta dias a contar do efetivo conhecimento da existência do processo. Dessa forma, optando-se pelo prosseguimento do processo individual, importará a exclusão do autor dos efeitos da sentença coletiva.

Aduz Didier e Zanetti Jr.:

> [...] Para tanto, é preciso que o indivíduo tenha optado pela continuação do seu processo individual, a despeito da existência do processo coletivo. Essa opção, porém, somente poderá ser válida, se lhe foi garantida a ciência inequívoca da existência do processo coletivo. [...] Trata-se de pressuposto para o exercício regular, pelo indivíduo do *right to opt out*, ou o direito de optar por ser excluído da abrangência da decisão coletiva.

A Lei 12.016/2009, ao disciplinar a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, procede de modo diferente ao costumeiramente adotado nas ações coletivas, conforme o acima delineado. O novo modelo, ao tratar da relação entre as demandas individuais e coletivas, substitui a suspensão pela desistência.

Preceitua o art. 22, § 1º:

> O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Parte da doutrina questiona a possibilidade de inconstitucionalidade no que pertine à obrigatoriedade da desistência do *writ* individual quando da ocorrência da impetração do mandado coletivo, uma vez que tal evento promoveria o cerceamento de direito fundamental do indivíduo em pleitear o seu direito, em virtude do transcurso do prazo de cento e vinte dias, elencado no art.23.

Neste sentido, preconizam Didier e Zaneti Jr.:

> O § 1º do art. 22 da Lei 12.016/2009 foge à regra geral do microssistema: o indivíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de

> pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança.

José Miguel e Fábio Caldas discorrem sobre o tema. Entendem os doutrinadores que a exigência é absurda e cria obstáculo à utilização do *writ :*

> Segundo nosso entendimento, a regra disposta no § 1º do art. 22 da Lei 12.016/2009 não condiz com a magnitude constitucional do mandado de segurança. No caso, o direito individual à segurança, embora garantia constitucional expressa, acaba merecendo tratamento desigual, para pior, se contrastado com a disciplina procedimental relativa a outras ações coletivas.

Posicionamento similar também foi adotado por Gregório Assagra de Almeida (2011, 466):

> Com todo respeito, entende-se que o legislador foi infeliz ao impor ao impetrante individual a formulação de requerimento de desistência. É mais adequada a disciplina prevista no art. 104 do CDC, que impõe ao autor individual o ônus de formular requerimento de suspensão da sua ação individual: "As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a quem aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.
> Os dois sistemas devem conviver harmonicamente.

> Por outro lado, o art. 104 do CDC, é norma geral com carga de eficácia potencializada (art. 21 da LACP). Assim, com base na doutrina do diálogo das fontes, é mais razoável que o impetrante opte entre requerer a desistência da impetração individual ou requerer a simples suspensão do seu mandado de segurança individual. Essa segunda opção prestigia o máximo aproveitamento dos atos processuais e evita a extinção do processo individual sem que o impetrante tenha segurança de que não irá ter de novamente propor a mesma demanda.

A regra da ausência de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual já se verificava no artigo 104 do Código de Direito do Consumidor e assegura um maior e mais amplo acesso à justiça, tanto no âmbito coletivo como no individual.

Por outro lado, a disposição elencada no precitado artigo, no que pertine à exigência de que o impetrante desista do *writ* individual no prazo de trinta dias, a contar da comprovada ciência da impetração do writ coletivo, com finco a beneficiar-se da tutela coletiva, parece dissociar-se do modelo consagrado no ordenamento pátrio e confronta-se com o modelo constitucional estabelecido no direito processual civil.

Cássio Scarpinella critica o modelo apresentado, nos seguintes termos (2010, p. 178):

> [...] exigir que o impetrante individual, para se beneficiar da decisão proferida em sede coletiva, desista de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da comprovada ciência da impetração do mandado de segurança em sua forma coletiva, além de atritar com o modelo que vem sendo consagrado (e festejado) no direito brasileiro, é medida que atrita, a olhos vistos, com o "modelo constitucional do direito processual civil".
>
> É imaginar que a situação em que uma associação de classe tenha impetrado mandado de segurança coletivo para questionar o mesmo ato (ou omissão) que já é objeto de diversos mandados de segurança

> individuais. Os impetrantes, individualmente considerados, desistem de seus mandados de segurança. Oportunamente, pelas mais variadas razões, processuais e materiais, o mandado de segurança coletivo é julgado em sentido contrário à pretensão do legitimado ativo. Pela letra da nova lei, todos os impetrantes individuais estarão irremediavelmente sujeitos àquela decisão, mesmo que contrária a seus interesses, porque, para (tentar) se beneficiar de seus efeitos, foram obrigados a desistir de suas próprias impetrações.

Aduz Gajardoni (2009, p.114):

> Assim, a partir da opção do autor da impetração individual e do resultado do mandado de segurança coletivo, diversos quadros podem ser imaginados:
>
> a) Caso haja desistência da impetração individual e a ação coletiva correspondente venha a ser acolhida, o indivíduo simplesmente se habilitará a bem da liquidação/execução da sentença coletiva, de modo que é possível afirmar que é mantido o regime da coisa julgada *in utilibus* no mandado de segurança coletivo;
> b) Caso haja desistência da impetração individual e a impetração coletiva correspondente venha a ser desacolhida, nada impediria que o indivíduo que não participou como assistente litisconsorcial da impetração (art. 91 do CDC) – que não pode ser prejudicado pela coisa julgada coletiva negativa (transporte *in utilibus*) impetrasse novamente o mandado de segurança individual, entretanto, como o prazo para a impetração é exíguo (120 dias) e tem natureza decadencial (art. 23 da Lei 12.016/2009) – não se interrompendo ou se suspendendo pelo curso da ação coletiva – só restara ao interessado o ajuizamento de ação cognitiva de procedimento comum para a tutela do seu interesse;
> c) Caso o interessado, entretanto, opte por não

> desistir da sua impetração individual na pendência do mandado de segurança coletivo (e a lei lhe faculta isto), não haverá a mínima possibilidade de se beneficiar do que nele restar decidido, uma vez que o sistema preferiu a coisa julgada individual à coletiva.

Depreende-se que a discussão suscitada no mundo jurídico gira em torno da constitucionalidade ou não da obrigatoriedade do pedido de desistência na ação individual do mandado de segurança. Convém destacar que existe uma tendência jurisprudencial no sentido de considerar que o mais adequado é a suspensão do processo individual, como prevê a regra geral do microssistema.

6. CONCLUSÃO

A Carta Magna, atendendo a noção de Estado Constitucional Democrático, não apenas reconheceu formalmente os direitos fundamentais, como também consagrou instrumentos com finco na sua efetiva proteção, a exemplo do mandado de segurança, o qual ora analisamos. Trata-se de instrumento reconhecidamente importante na tutela dos direitos fundamentais.

O mandado de segurança foi consagrado no art. 5º, inciso LXIX e LXX, da Constituição Federal. Importa em meio constitucional conferido aos interessados para que se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, sendo instrumento de liberdade civil e liberdade política.

A Lei 12.016/2009, que disciplina o *writ*, dispõe em seu art. 21, § 1º que para o interessado beneficiar-se da tutela coletiva, caso haja sido impetrado o *mandamus* na modalidade individual, deverá solicitar a desistência da ação.

Ocorre que a desistência do mandado de segurança, em que pese não implicar decisão de mérito, pode resultar na perda do direito fundamental à referida ação, já que não poderia ser reproposto, após eventual improcedência do *mandamus* coletivo, uma vez que há necessidade da observância do prazo de cento e vinte dias, previsto no art.23 da Lei 12.016/2009. Ou seja, a regra será a perda da oportunidade de discussão do direito individual por mandado de segurança.

Há uma tendência no sentido de inutilização do referido dispositivo e que a jurisprudência considere que o mais adequado é a suspensão do processo individual, conforme a regra geral do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, conforme a doutrina do diálogo das fontes, é mais razoável que o impetrante opte entre requerer a desistência da impetração individual ou requerer a simples suspensão do seu mandado de segurança individual, para que seja evitada a extinção do processo individual, sem que o impetrante tenha segurança de que não irá ter que novamente propor a mesma demanda. Nestes termos defende grande parte da doutrina e jurisprudência.

WRIT OF SAFETY: RESIGNATION OF WARRANT PERSONAL SAFETY BY REASON OF WAITING FOR WRIT OF COLLECTIVE SECURITY

ABSTRACT: The Law regulates the 12.016/2009 mandamus and introduced some innovations in the treatment intended for collective writ. This paper aims to establish an analysis of compulsory withdrawal from the injunction individual because of pending collective writ of mandamus, to ensure the effects of res judicata of collective protection to plaintiff individually, as regulation in article 22 , § 1 of the law under discussion. Withdrawal occurs that could result in the loss of the right secured by mandamus, which could not be renewed, in order to meet the deadline one hundred and twenty days specified in Article 23 of the same law. Thus, we seek to address the consequences of withdrawal across the protection of fundamental rights, questioning its possible unconstitutionality. The writ of mandamus is a legal provision in the Federal Constitution, in the chapter on fundamental rights and falls among constitutional remedies. It is relevant instrument guaranteeing these rights.

KEYWORDS: Injunction. Res judicata. Withdrawal. Unconstitutionality. Effects.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

ARAUJO, Luis Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 9ª Edição – São Paulo – Ed. Saraiva, 2005.
MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Ação Popular. Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Mandado de segurança*: introdução e comentários à Lei 12.106, de 7.8.2009 (artigo por artigo) com indicação do PLS n. 222/2010/ Gregório Assagra de Almeida, Mirna Cianci, Rita Quartieri. – São Paulo: Saraiva, 2011.
GAJARDONI, Fernando da Fonseca; da Silva, Márcio Henrique Mendes da Silva; Ferreira, Olavo A. Viana Alves Ferreira. *Comentários à nova lei de mandado de segurança*: (Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009). Rio de Janeiro; Forense: São Paulo: MÉTODO, 2009.
BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. Ed São Paulo: Atlas, 2011.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA DISPENSA COLETIVA

Gianini Rocha Gois Prado*

RESUMO: Este artigo apresenta uma análise do atual situação do poder diretivo do empregador à luz da Constituição Federal de 1988, face da dispensa coletiva, trazendo as suas limitações em função do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do Valor Social do Trabalho, da Livre Iniciativa e dos princípios inerentes ao Direito Coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Diretivo. Princípios da Dignidade da Pessoa Humana. Valor Social do Trabalho. Livre Iniciativa. Dispensa Coletiva.

INTRODUÇÃO

Do Poder Diretivo do Empregador emanado do artigo 2º da CLT consequenciam os poderes de: disciplinar, organizar e controlar a atividade econômica, decorrentes da alteridade, ônus que a este também é atribuído.

> **Art. 2º** CLT– "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".
>
> A dispensa da qual emana a extinção do vínculo empregatício é trazida pelo artigo 7º, I da CRFB/88 e atribui a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos(grifo nosso).
>
> Art. 7º "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

* Advogada militante desde 1995, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes e em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". CRFB/88

A Convenção 158 que traz a disciplina sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, aprovada na 68ª reunião da *Conferência Internacional da OIT*, em Genebra, em 22/06/82, em que pese ter sido aprovada pelo Brasil em 1992, foi denunciada em 1996.

A CLT no artigo 165 traz como conceito de não arbitrária a dispensa que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, a saber:

> Art. 165 – "Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar técnico, econômico ou financeiro.
>
> § único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado".

Para Orlando Gomes:

> "Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.
>
> [...] O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção

> ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa".

Diante da falta de regulamentação do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal e, rompida a estabilidade decenal pela lei fundiária (Lei 8036/90), caberá ao empregador o poder potestativo do exercício regular do direito de romper o seu vínculo empregatício.

PODER DIRETIVO X DIREITO COLETIVO

Na dispensa em massa, decorrente do exercício do poder potestativo do empregador, muda-se o viés individual e há rompimento do vínculo que atingirá a coletividade, assumindo um aspecto social relevante, pois reflete como instituto jurídico peculiar ao âmbito coletivo.

O contorno de instituto jurídico de direito coletivo eclode quando há rompimento de vínculo empregatício decorrendo a dispensa em massa, pois as proporções atingirão a sociedade.

A CF/88 fomenta, inclusive pelo artigo 114,§2º, a negociação no âmbito do direito coletivo do trabalho, exaltando a conciliação, a mediação e a arbitragem como meios de autônomos de solução de conflitos.

> **Art. 114** – "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar
>
> **§ 2º** - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente". (Alterado pela EC-000.045-2004)

O direito do trabalho, nascido dos conflitos da Revolução Industrial, busca pelas negociações coletivas, de modo autônomo, o meio pacifico de se solucionarem os litígios laborais antes de ser instaurada a instância, ou seja, dissídio coletivo de competência funcional do tribunal.

Intrínseco, portanto, é a negociação coletiva junto à entidade sindical profissional que deverá ser buscada pela parte patronal.

Ressalta-se que é imprescindível e decorrente dos princípios da boa-fé objetiva, da razoabilidade e proporcionalidade que sejam demonstrados os motivos técnicos, econômicos e outros que ensejaram tais rompimentos.

Deverá, no rompimento em massa, serem adotados critérios objetivos de enfrentamento da crise, bem como observância de ordem de preferência para tais rompimentos.

Partindo-se da ruptura daqueles mais jovens aos de mais idade, em face da dificuldade de serem absorvidos pelo mercado de trabalho.

Seguindo pelos desobrigados de dependentes econômicos para os de que tenham necessidade de subsidiar seus dependentes tais como filhos e cônjuge, pois se assim não for, a ruptura não terá observado os elementos imprescindíveis à natureza jurídica do instituto de direito coletivo, cabendo ao Poder Judiciário a reintegração dos empregados desprotegidos e do amparo à sociedade.

POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Posição inovadora e conforme os ditames da Constituição Federal de 1988, o C. TST quando do julgamento da dispensa coletiva praticada pela EMBRAER no final do ano de 2009, Autos n. 309, através da Seção Especializada em Dissídio Coletivo, tendo como relator Mauricio Godinho Delgado, decidiu:

DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS - EFEITOS JURÍDICOS.

"A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).

Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º, e 170, VIII, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes.

Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra."

Asseverou ainda que:

> "As dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que lhe irá regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, para os casos futuros, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada - até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).
>
> E, inovando, estabeleceu para as demandas futuras: A premissa ora fixada é: "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores".

Noticiado pelo site do C. TST em 14/12/2012 que:

> "A Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) julgou abusiva e declarou a ineficácia da demissão

> coletiva de cerca de 400 empregados da Novelis do Brasil Ltda, produtora de alumínio. Os trabalhadores foram dispensados com o encerramento das atividades da unidade que a empresa mantinha em Aratu (BA).

O julgamento se deu em recurso ordinário da Novelis contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) que fora favorável aos metalúrgicos, determinando a ineficácia das rescisões dos contratos trabalhistas, a manutenção dos planos de saúde e o pagamento aos empregados de indenização compensatória.

Conforme o acórdão da SDC, a dispensa coletiva tem de ser objeto de negociação com a categoria, representada por seu sindicato, não se tratando de mero direito potestativo do empregador.

A Novelis alegou razões de estratégia empresarial e redução de custos de produção em face da crise econômica mundial instalada em 2008 para justificar o encerramento das atividades da unidade de Aratu e a consequente demissão dos empregados.

Com a dispensa, o sindicato dos trabalhadores ajuizou no TRT dissídio coletivo de natureza jurídica, alegando que os termos da dispensa não foram negociados, tendo sido impostos de forma unilateral. Requereram a ineficácia jurídica de todas as rescisões e multa "não inferior a R$100 mil por cada trabalhador demitido indevidamente", conforme a ação.

O TRT entendeu que a despedida em massa de trabalhadores, em face da sua gravidade e da repercussão no meio social, exige que sejam adotadas certas cautelas, de modo a conciliar o direito do empregador com o seu dever de promover a justiça e o bem-estar social.

"Há, por isso mesmo, necessidade de regular esse ato, adotando-se, inclusive, mecanismos que objetivem diminuir os seus efeitos deletérios. Surge então a negociação coletiva, instrumento apto a compor interesses divergentes, com vistas a disciplinar as condições do ato de despedida maciça", expressa o acórdão.

Com isso declarou que a demissão foi abusiva, porque se deu sem negociação, e determinou sua ineficácia, deferindo, a título de indenização, os salários e as vantagens legais do período em que perdurar a ineficácia das despedidas. Também decidiu pela manutenção dos planos de saúde nas mesmas condições em que vigoravam.

Na SDC, a Novelis também não obteve sucesso. O colegiado negou

provimento ao recurso da empresa, mantendo a decisão do TRT. A matéria foi relatada pelo ministro Walmir Oliveira da Costa.

Conforme seu voto, a negociação coletiva prévia se fazia ainda mais necessária, tendo em vista que não se tratava de mera redução de pessoal, mas de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, com consequências graves para os trabalhadores e para a comunidade local.

Como alegado pela recorrente, a decisão empresarial decorria dos efeitos da crise econômica mundial; sendo assim, eram evidentes as dificuldades que os trabalhadores encontrariam em obterem novos postos de trabalho, sendo, ainda, indiscutível que mesmo nos mercados de trabalho mais robustos resultaria difícil à absorção de cerca de 400 trabalhadores em busca de novo emprego", destacou o voto.Processo: RO - 6-61.2011.5.05.0000

O Ministro Maurício Godinho Delgado, em decisão proferida no Processo: RO - 173-02.2011.5.15.0000, data de Julgamento: 13/08/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 31/08/2012, exarou o seguinte entendimento:

"A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).

As citadas convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, contêm garantias democráticas à atuação sindical, que ressaltam a importância do ser coletivo obreiro no âmbito internacional, nacional e local, e devem ser observadas na aplicação do Direito do Trabalho, enquanto instrumento de elevação das condições de pactuação da força do trabalho no universo social, suplementando a ordem jurídica interna juslaboral.

Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a submissão da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça a distinção normativa entre

as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes.

Nesse sentido, a dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.

Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva. As consequências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstuticional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, "caput", e § 1º da Lei nº 5.107/66 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais.

Cabe destacar que o art. 7º, I, da Constituição Federal, aplicado às dispensas coletivas, contém norma de eficácia contida, ou seja, regra constitucional cuja eficácia é redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. Essas regras jurídicas têm aplicabilidade imediata, mas podem ter seu alcance reduzido (por isso fala-se em eficácia contida) pelo legislador infraconstitucional, segundo comando oriundo da própria Constituição. São, em geral, as normas que enunciam direitos com o preceito suplementar,'*... na forma que a lei estabelecer*', ou, no hipótese normativa em análise,'*... nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos*'. Observe-se: não sendo editada a legislação complementar regulamentadora (e restritiva), a norma constitucional (e seu princípio subjacente) firma-se em vigor.

Ressalte-se, finalmente, que a norma de eficácia contida possui,

ainda, importante efeito esterilizante negativo sobre as normas infraconstitucionais que lhe sejam antitéticas ou incompatíveis - efeito não percebido pelo critério teórico tradicional. A simples circunstância de esse tipo de norma invalidar a continuidade ou emergência de preceitos antagônicos ou incompatíveis já lhe confere substantiva eficácia no contexto da ordem jurídica global envolvida.

Nesse quadro, a inércia do legislador em regulamentar as consequências e sanções previstas no caso de dispensa coletiva não pode impedir a aplicação de direitos previstos constitucionalmente, como estabelecido no já citado art. 7º, I, além de outros, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da República. A Carta Magna prevê, ainda, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, e tem, entre seus princípios, a busca do pleno emprego.

Como forma de solucionar conflitos, a CLT prevê, em seu art. 8º, que, na falta de disposições legais ou contratuais, a Justiça do Trabalho decidirá, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade, por princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, usos e costumes e pelo direito comparado, ressaltando em seu parágrafo único que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho no que lhe for compatível.

Um ponto relevante a destacar é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF).

Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista.

Nesse sentido, até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo

trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato.

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes.

É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento.

Inclusive esta Seção de Dissídios Coletivos, no julgamento do recurso ordinário interposto no dissídio coletivo ajuizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica - EMBRAER S/A e outra (Processo n. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado), em que também se discutiu os efeitos jurídicos da dispensa coletiva, fixou a premissa, para casos futuros de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. (...)

No caso em análise, a atuação do Sindicato foi decisiva para que fosse minimizado o impacto da dispensa coletiva. A interferência da entidade sindical propiciou aos desligados um implemento das condições normais

da dispensa, com o estabelecimento dos seguintes direitos: a instituição de *"um Plano de Demissão Voluntária correspondente a dois salários nominais a cada um, além dos valores devidos a título de rescisão sem justa causa, bem como três vales cestas alimentação a cada um, quatro meses relativos ao plano de assistência médica, trinta dias de estabilidade após a apresentação da lista daqueles trabalhadores demitidos, assim como a inclusão no Plano de Demissão Voluntária dos trabalhadores demitidos na área de produção por ocasião dos fatos que ensejaram o movimento paredita*"; entre outros de inquestionável efeito atenuante ao abalo provocado pela perda do emprego".

DC. Natureza jurídica. Cabimento. Encerramento da unidade industrial. Dispensa em massa. Prévia negociação coletiva. Necessidade.

A SDC, por maioria, entendendo cabível o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica para se discutir a necessidade de negociação coletiva, com vistas à efetivação de despedida em massa, negou provimento ao recurso ordinário no tocante à preliminar de inadequação da via eleita, vencidos os Ministros Antônio José de Barros Levenhagen, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Maria de Assis Calsing. No mérito, também por maioria, vencidos os Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Fernando Eizo Ono, a Seção negou provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida que declarou a ineficácia da dispensa coletiva e das suas consequências jurídicas no âmbito das relações trabalhistas dos empregados envolvidos. No caso, reafirmou-se o entendimento de que a exigência de prévia negociação coletiva para a dispensa em massa é requisito essencial à eficácia do ato empresarial, pois as repercussões econômicas e sociais dela advindas extrapolam o vínculo empregatício, alcançando a coletividade dos trabalhadores, bem com a comunidade e a economia locais. Ressaltou-se, ademais, que o fato de a despedida coletiva resultar do fechamento da unidade industrial, por questões de estratégia empresarial e redução dos custos de produção, não

distingue a hipótese dos outros casos julgados pela Seção, pois a obrigatoriedade de o empregador previamente negociar com o sindicato da categoria profissional visa ao encontro de soluções que minimizem os impactos sociais e os prejuízos econômicos resultantes da despedida coletiva, os quais se mostram ainda mais graves quando se trata de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, e não apenas de mera redução do quadro de pessoal. TST-RO-6-61.2011.5.05.0000, SDC, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 11.12.2012.

CONCLUSÃO

Destarte, para ser considerada lícita a dispensa coletiva deve atender a requisitos mínimos, sendo necessária uma negociação coletiva, apresentação de provas que demonstrem a real necessidade da dispensa em massa, com apresentação das causas ou motivações (motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais) que sejam capazes de colocar em risco a existência do empregador/empresa.

Feita essa constatação, deverá então haver uma negociação prévia de como será efetivamente feita esta dispensa, mas imprescindível a existência de planos de enfrentamento da crise, priorizando a mantença dos empregos dos empregados de mais idade que tenham maior dificuldade de serem absorvidos pelo mercado de trabalho e daqueles que possuem dependentes econômicos.

Destarte, a inobservância dos elementos inerentes ao instituto jurídico de direito coletivo conforme o acima escandido, violará o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é pilar do nosso Estado Democrático de Direito, desrespeitando profundamente o Valor Social do Trabalho, da livre Iniciativa, descumprindo o empregador a função social da propriedade.

THE DIRECTIVE POWER OF THE EMPLOYER IN COLLECTIVE DISMISSAL

ABSTRACT: This article presents an analysis of the current situation

of the employer the power steering light of the Constitution of 1988, compared to dispensing collective, bringing its limitations due to the Principle of Human Dignity, Value of Social Work, the Free initiative and the principles inherent in the Law Collective.

KEYWORDS: Power Steering. Principles of Human Dignity. Social Value of Work. Free Enterprise. Collective Dismissal.

BIBLIOGRAFIA

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.
GOMES, Luiz Flávio. "valor dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro". *Jornal carta forense*. São Paulo. Março de 2008.
GONÇALVES JÚNIOR, Mário. "Ao anular demissão em massa, Judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo, disponível em: http://jusvi.com/artigos/38196, acesso em 19.03.2009.
GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa* - Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. São Paulo: LTr, 1974.
SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal*. 14ª edição. São Paulo: Record, 2007.
SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2007.
VIDOTTI, Tárcio José. GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (org.). *Direito coletivo do trabalho e uma sociedade pós-industrial*. MALLET, Estêvão. *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*. São Paulo: LTr, 2003.

Sites consultados:
http://www.mte.gov.br/, acesso em 07/01/2013.
http://www.tst.jus.br/, acesso em 07/01/2013.
http://consulta.trt15.jus.br/, acesso em 05/01/2013.

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS: OS PODERES PÚBLICOS E A RACIONALIDADE PRÁTICA

Carolina Pereira Barreto*

RESUMO: O presente artigo pretende realizar um estudo sobre o princípio da individualização das penas, traçando um breve histórico sobre a sua formalização nas Constituições do Brasil e a evolução dos tipos de punição. Destaca ainda as grandes contribuições filosóficas de Cesare Beccaria e Michel Foucault no processo de humanização das formas de punir e na reforma do direito penal moderno. Adentrando na discussão doutrinária do conceito de individualização das penas associado à proporcionalidade, igualdade material, personalidade do agente e a sua humanização. A partir da divisão doutrinária sobre a individualização das penas, serão traçadas as reflexões críticas quanto à realidade prática observada na atualidade, partindo do Poder Legislativo, passando pelo Judiciário e finalizando com o Executivo que tem dever fim de manutenção do sistema carcerário brasileiro. Verificando na prática certo distanciamento dos poderes públicos com o garantismo penal, voltado especialmente para o raciocínio vingativo de retribuição do mal pelo mal cometido, remontando aos tempos do Iluminismo. Assim, apesar de previsto formalmente na Constituição Federal de 1988, a individualização e humanização das penas precisam ser concretizadas como direito fundamental do acusado, através da vontade política dos poderes públicos dentro de uma racionalidade prática quanto aos limites do direito de punir do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Individualização das Penas. Racionalidade Prática dos Poderes Públicos. Arbitrariedade. Constitucionalização do Direito Penal. Direito Fundamental do Acusado.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Tiradentes e Procuradora do Município de Nossa Senhora do Socorro - Sergipe. O presente artigo foi elaborado após breve pesquisa no âmbito da disciplina Constitucionalização do Direito Penal ofertada no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, sob orientação da Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem por finalidade realizar um breve estudo acerca do princípio da individualização das penas no constitucionalismo brasileiro, após a difusão dos ideais iluministas na Europa e importado pelo Brasil. Paralelamente traz as contribuições filosóficas de Cesare Beccaria e Michel Foucault no processo de humanização das penas, com o avanço da reforma do Direito Penal moderno. Posteriormente, adentra na discussão doutrinária do conceito de individualização das penas associado à proporcionalidade, igualdade material, personalidade do agente e a sua humanização. A partir da divisão doutrinária sobre a individualização das penas, foram traçadas as reflexões críticas quanto à realidade prática observada na atualidade, partindo do Poder Legislativo, passando pelo Judiciário e finalizando com o Executivo que tem o dever fim de manutenção do sistema carcerário brasileiro.

Em que pese o grande avanço na doutrina quanto à Teoria do Garantismo Penal e a Constitucionalização do Direito Penal com a previsão formal de diversos dispositivos garantindo a individualização da pena e sua humanização como direito fundamental do acusado, para alcançar a gradual ressocialização do apenado com dignidade humana. Entretanto, a razão de punir dos poderes públicos ainda sofre a influência dos mecanismos penais de controle social, estando, na maioria das vezes vinculada a ideia de vingança, e não de recuperação ou ainda proteção do condenado.

A metodologia utilizada na pesquisa foi basicamente da revisão bibliográfica da doutrina, e o repositório da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, dando enfoque nas decisões de controle de constitucionalidade no sentido de concretizar o princípio da individualização da pena.

O trabalho se divide basicamente em três partes, inicialmente traz um breve histórico sobre o princípio da individualização da pena; no segundo item destaca a contribuição filosófica na moderação das penas; no terceiro, conceitua a individualização das penas, sob o enfoque doutrinário; no quinto, sexto e sétimo tópicos, desenvolvem-se as reflexões crítica sobre a individualização da pena diante dos poderes públicos, desde o Poder Legislativo, passando pelo Poder Judiciário e finalizando com o Poder Executivo e a sua racionalidade prática.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio constitucional da individualização das penas passou por diversas modificações durante os séculos, estando sempre associado à ideia de humanização das penas e a sua proporcionalidade, até alcançar o *status* de direito fundamental do acusado, como conhecido atualmente, e teve como marco filosófico a grande contribuição do pensamento iluminista.

Inicialmente, é importante trazer um breve histórico sobre a inserção formal do princípio da individualização da pena, especialmente, no constitucionalismo brasileiro e sua evolução (ou involução) na doutrina e jurisprudência, bem como a sua relação com os poderes do Estado.

Durante muitos séculos na Europa, a pena pela prática de crime estava vinculada à ideia de vingança[1], associada à excessiva punição corporal, entretanto, com a difusão do pensamento iluminista, tendo como marco teórico a obra de Cesare Beccaria[2] *Dos delitos e das penas* em 1764, a função da pena foi ganhando novas dimensões humanistas.

Ao tempo em que os ideais iluministas eram difundidos, como consequência deste movimento se reduzia o autoritarismo do Estado, assegurando formalmente ao indivíduo uma nova ordem social. Esse movimento que libertou os indivíduos das autoritárias relações medievais implica necessariamente na recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. Essas mudanças filosóficas de concepção do Estado e da sociedade contribuíram para a disseminação dos princípios garantistas, impondo assim, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso (BITENCOURT, 2011, p.55).

Posteriormente, esses ideais de humanização da pena foram lançados como direito fundamental do homem inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 15, no qual asseverava que "as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade" (BITENCOURT, 2011, p.54), e posteriormente nas diversas Cartas Constitucionais dos países ocidentais, assegurando como garantia do acusado.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 consagra mais uma vez através de tratados

internacionais o sentido de humanização das penas, sob o manto do direito à dignidade humana. Declara que "ninguém pode ser submetida à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante", tendo "toda pessoa o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"[3].

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 havia, ainda que de forma embrionária, a previsão constitucional do princípio da personalidade da pena e da sua individualização, com a seguinte disposição no art. 179, inciso XX de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja". Além disso, também se encontrava inserto na Carta Imperial, em seu artigo 179, inciso XXI, que "As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes", demonstrando desde então, a intenção do legislador em buscar adequar as penas de acordo com as condições particulares do condenado no cumprimento da penalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.194).

Vale destacar que nesta fase imperial brasileira, apesar de previsto formalmente na Constituição alguns dispositivos trazendo direitos em favor do acusado, na realidade prática, demonstrava um período marcado pela escravidão e castigos corporais, caracterizado pela divisão de classes sociais, não se podendo falar em humanização da pena no conceito atual.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 também manteve no seu art. 72, parágrafo 19, de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente". No tocante à Constituição brasileira de 1934, também fez menção ao princípio da personalidade da pena, exceto a Constituição de 1937 que foi marcada pelo autoritarismo do Estado Novo, e por esse motivo tal princípio e diversos direitos foram extirpados do ordenamento jurídico.

Com a Constituição de 1946, verifica-se o retorno deste princípio conforme dispunha o artigo 141, parágrafo 30, de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente", e no seu parágrafo 29, trouxe pela primeira vez de forma expressa que "a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu" (MARANHÃO, 2008, p.56).

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 trouxe de forma conjunta esses dois princípios, em seu artigo 150, parágrafo

13, dispondo que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena", demostrando que esses dois princípios encontram-se entrelaçados (MARANHÃO, 2008, p.57).

Muito embora o princípio da individualização da pena tenha sido previsto formalmente na Carta Constitucional, esse período da ditadura militar foi marcado por diversas arbitrariedades e abusos do poder político, com a prática de torturas em face dos cidadãos e restrição à liberdade de expressão, não se podendo falar em concretização dos direitos fundamentais durante este momento, apenas verificado no seu sentido formal e escrito.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Personalização e Individualização da Pena ganhou nova roupagem, já que além da previsão do art. 5º, inciso XLV, de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido", o inciso XLVI trouxe também que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos", discriminando então, os tipos de penas a serem destinadas aos condenados de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Além de consagrar a humanização das penas através do artigo 5º, inciso XLVII de que "não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis[4]". E mais uma vez individualizando a pena em relação à conduta do apenado quando da previsão no inciso XLVIII dispondo que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", assegurando no inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral dos presos.

Esses princípios previstos na Constituição Federal de 1988 são denominados por Luiz Regis Prado (2010, p.139) como de natureza penal constitucional, ou princípios penais propriamente ditos, porque versam sobre a matéria estritamente penal, diferentemente dos denominados, princípios constitucionais gerais, em que o conteúdo não é especificamente penal, mas que devem ser aplicados ao direito penal como os princípios da proporcionalidade, igualdade, necessidade.

Decerto que o princípio da individualização da pena encontra-se previstos no rol dos direitos fundamentais, servindo de limite ao *ius puniendi* do Estado. Com efeito, o exercício do direito estatal de punir se manifesta tanto no momento de criação e promulgação das leis, como também no de sua aplicação aos casos concretos, pois esses limites são impostos pelo Estado Democrático de Direito (PRADO, 2010, p.139). Significa em sentido estrito a regulamentação através de lei da adaptação da pena às condições do condenado, considerando "as características da infração praticada e da sua própria personalidade; e, largamente, da fixação dos lindes de sua imposição" (TUCCI, 2011, p.260).

Dessa forma, tais dispositivos constitucionais são direcionados tanto para o legislador que no momento de elaborar as normas, através do seu poder regulamentar, deve observar a humanização e a individualização da pena. Como também são dirigidos para o Judiciário, com competência para aplicar a pena, devendo ser considerado que a punição deve ser revestida de caráter pessoal, observada as circunstâncias que circundam o fato, a conduta do agente e de sua própria personalidade, sem extrapolar a pessoa do condenado.

Entretanto, a realidade prática tem demonstrado, não raras vezes, o distanciamento desta garantia constitucional de humanização e individualização da pena pelos poderes políticos encarregados de observá-los, seja pelo Legislativo, que editam leis para penalizar o ofensor, cada vez mais rígida e severa; seja através do Judiciário, responsável pela sua aplicabilidade; ou através do Executivo que mantém um sistema carcerário abarrotados de pessoas em condições desumanas e degradantes, quiçá cruéis, aumentando mais o foco de criminalidade.

3. A CONTRIBUIÇÃO FILOSÓFICA NA MODERAÇÃO DAS PENAS

A questão da punição de condutas sempre existiu desde os primórdios da civilização, entretanto, o caráter e as espécies de pena passaram por diversas mudanças, ao tempo em que se transformava o Estado e a sociedade. Apesar dos princípios que consagram a humanização das penas e sua individualização encontrarem formalmente escritos nas Cartas Constitucionais, ainda se observa grande resistência na sua concretização,

remontando na atualidade, à época das luzes com as penas mais severas e cruéis.

A obra de Cesare Beccaria[5] se transformou no marco inicial da humanização das penas, além de trazer grande contribuição para evolução da razão da pena como forma de afastar a punição atrelada à vingança privada. Essa obra estabeleceu as bases do direito penal moderno consubstanciada na concepção liberal do Estado de Direito, baseado na Teoria do Contrato Social, na divisão dos poderes, na humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para um maior número de pessoas.

Muito à frente do seu tempo, Beccaria (2004, p. 85) já discorria sobre "as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos", é importante "escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado".

Antes do século XVIII, os tipos das penas eram as mais variadas possíveis, porém, havia prevalência pelas penas de morte e corporais, sobretudo os suplícios[6]. Assim, a privação de liberdade, bem como as penas alternativas e restritivas de direitos, como são conhecidas hoje, não existiam. Nas palavras de Foucault (2004, p. 16), até o final do século XVIII, a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados.

A punição era basicamente executada por meio da violência aplicada diretamente ao corpo do condenado, porém, com a evolução do direito penal exigia-se penas mais suaves. Com isso, verificou-se a necessidade de ajustar a pena ao indivíduo, era preciso investigar a sua essência, modular a punição exata a quem se pretendia castigar.

Foucault (2004, p.63) descreveu com bastante propriedade sobre a necessidade do soberano de realizar a justiça criminal, em vez de se vingar através das penas corporais, era "preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco". E mesmo o "pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada" quando se aplica a punição é a sua humanidade. Pelo pensamento de Foucault (2004, p.70) o que se

pretendia não era "punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada", porque o "castigo deve ter humanidade como medida".

Sob essas bases humanistas, o princípio da individualização da pena foi ganhando cada vez mais importância, o que começava a se esboçar era "uma modulação que se refere ao próprio infrator, a sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, a 'qualidade' e não mais a intenção de sua vontade[7]" (FOUCAULT, 2004, p. 53).

Em relação à humanização das penas, buscava-se não apenas a suavização como limites do poder de punir, mas também se exigia que a aplicação da pena não mais recaísse sobre o corpo do acusado, através dos sofrimentos excessivos verificados com os suplícios (mantendo a integridade física), mas que recaísse sobre o espírito e a alma, iniciando-se a era dos "castigos incorpóreos" (FOUCAULT, 2004, p.84).

Para Beccaria (2004, p.88-89) a crueldade das penas produz resultados funestos, contrários a sua principal finalidade de prevenir o crime, porque apesar de ser muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas, mesmo o crime mais hediondo, as penas previstas legalmente seriam bastante cruéis, mas não poderiam ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade do corpo do homem[8].

Destacando essas contribuições filosóficas humanistas, passa-se ao conceito de individualização da pena sustentada na justa adequação entre o delito cometido e a aplicação da pena, tendo como base a sua humanização e como limite do direito de punir do Estado.

4. O CONCEITO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena consiste na punição proporcional ao delito, considerando as circunstâncias do caso concreto e a personalidade do agente, sob o fundamento da humanização das penas. Guilherme de Souza Nucci (2009, p.79-80) destaca como princípio constitucional explícito e afirma que a "pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva" como retribuição da conduta praticada. Pois, não teria qualquer "sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar os seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um, o que lhe é devido".

Tal princípio além de consagrar a igualdade material, também se encontra associado à humanidade das penas, pois, o direito penal deve garantir o "bem-estar da coletividade, incluindo-se a dos condenados. Eles não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal", por isso não devem ser tratados como animais ou coisas, como se não fossem seres humanos (NUCCI, 2009, p.80).

Bitencourt (2011, p.54) classifica a individualização da pena como categoria do "Princípio da Proporcionalidade", destacando a observância da proporcionalidade entre a gravidade do crime e a sanção a ser aplicada. Muito embora este princípio seja uma consagração do constitucionalismo moderno, Beccaria[9] já fazia menção sobre a moderação da pena e a sua proporcionalidade ao delito.

A proporcionalidade significa que "as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores" (NUCCI, 2009, p.83).

Para Luiz Regis Prado (2010, p. 149) o princípio da individualização da pena "obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma da sua execução [...] deve existir sempre uma medida do justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta". Em suma, a pena deve estar adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a periculosidade criminal do agente.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 710) afirmam que a individualização da pena é "a determinação da medida que, dentro do máximo permitido pelo grau de culpabilidade, requer a prevenção de acordo com os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente".

Neste sentido, a individualização da pena, a proporcionalidade, a igualdade material, a personalidade do agente, todos são princípios constitucionais explícitos e implícitos aplicados à teoria da pena, e possuem um núcleo em comum, a de humanizar a forma de punição da conduta, atualmente sob o fundamento da dignidade humana.

Desde a época do pensamento iluminista, contestava-se o arbítrio judicial dos tempos medievais, e a solução para a problemática era a adoção das penas fixas, por isso se fazia necessária a reforma do direito punitivo trazendo a definição do crime e um sistema de fixação de penas mais preciso, a tarefa do juiz se restringia à subsunção mecânica do texto legal (BITENCOURT, 2011, p.661).

Beccaria (2004, p.31), refletindo o pensamento positivista da época, afirmava que os "juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores" e que deveriam "fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena". Assim, se o juiz fosse "constrangido a fazer um raciocínio a mais", ou se o fizesse "por conta própria", tudo se tornaria "incerto e obscuro".

Com o passar dos anos, verificou-se que a "absoluta determinação" e precisão legal na fixação da pena, levavam às injustiças, pois se tornava difícil de realizar a moderação da pena no caso concreto, de acordo com a conduta e a personalidade do agente. Assim, se a pena "absolutamente indeterminada" contribuía para o arbítrio do julgador, pelo ideal iluminista, da mesma forma que a pena "absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta" (BITENCOURT, 2011, p.661).

A partir deste paradoxo, a dosagem da pena ganhou novos enfoques pós-positivistas, nos quais a lei deveria fixar os limites máximos e mínimos, as circunstâncias agravantes e atenuantes do fato, considerando a personalidade do agente e a conduta da vítima, através dos quais poderia variar a mensuração das penas. Assim, o juiz teria a liberdade de realizar a fixação da pena através de uma decisão racional e devidamente justificada, porém, observados os critérios estabelecidos legalmente.

Para Cezar Bitencourt (2011, p.662) a individualização da pena se apresenta em três momentos distintos: da individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória. O primeiro se caracteriza pelo "processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas às sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena" através da lei; a segunda é aquela "elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais", e a terceira é aquela que se verifica no "momento da sanção criminal" na fase do seu cumprimento.

A partir desta divisão de fases da individualização da pena, serão traçadas as reflexões críticas quanto à realidade prática observada na atualidade, partindo do Poder Legislativo, passando pelo Judiciário e finalizando com o Executivo que tem dever fim de manutenção do sistema carcerário brasileiro.

5. O PODER LEGISLATIVO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No momento legislativo, a individualização da pena é verificada quando os parlamentares editam leis abstratas que fixam para cada tipo penal as penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa. Não significa a fixação "absolutamente determinada", já que a generalização da penalidade está sujeita às injustiças e desigualdades. A moderação é realizada de forma equitativa, viabilizando certo grau de liberdade ao juiz, porém limitado pelos critérios legais, permitindo, inclusive, as substituições das penas. Todavia, a lei penal brasileira não se limita às previsões normativas mencionadas, mas também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações.

Portanto, o Legislativo deve editar normas em paridade com os princípios constitucionais da legalidade, igualdade e proporcionalidade, elaborando as penas mínimas e máximas suficientes para a reprovação e prevenção do crime, considerando a intervenção mínima do Estado com os ideais garantistas.

É certo que a individualização da pena encontra seus limites na lei ordinária, por isso que os critérios de fixação da pena previstos legalmente devem ser observados pelo magistrado. A grande questão é quando o próprio legislador define a fixação da pena com critérios estritamente fechados, sem observância desses parâmetros constitucionais, cabendo à Corte Suprema a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade dos dispositivos legais, guardando a supremacia dos princípios penais constitucionais.

Ao passo que o Legislativo edita normas cada vez mais severas e rígidas, em decorrência do clamor da sociedade e como resposta do poder público, fere a individualização da pena, uma vez que generaliza uma situação ou uma determinada conduta observada em cada caso concreto, afastando-se da igualdade material e da proporcionalidade garantida constitucionalmente.

É o que Ferrajoli (2010, p.746) denominou de mecanismos penais "de emergência", para o fato da inflação de normas penais, tendo como consequência o aumento do intervencionismo penal em virtude da alta criminalidade. Dessa forma, a sanção penal é utilizada pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A punição mais rigorosa se converte em resposta

oferecida pelo Estado, em decorrência da necessidade de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

Ferrajoli (2010, p.746) em sua obra *Direito e razão* traz a ideia de que o Estado de Direito atual, apesar de conservar-se normativamente como garantista, tem apresentado tendências inquisitivas, especialmente no que diz respeito à legislação penal de emergência e de exceção que surgem com o pretexto de defesa da sociedade, mas que, na realidade, atendem a interesse de algumas classes sociais aumentando a intervenção do direito de punir do Estado. Dentro da lógica garantista e minimalista, a lei penal deve ser uma resposta somente aos problemas sociais gerais e duradouros, não devendo direcionar-se a situações atípicas e excepcionais.

A cultura na prática de emergência e da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos métodos pré-modernos da tradição penal, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas (FERRAJOLI, 2010, p.746).

Esta situação de emergência configura a primazia da "razão do Estado", alicerçada no motivo político, sobre a "razão jurídica" como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em relação às situações excepcionais como também outras formas de criminalidade organizada. (FERRAJOLI, 2010, p.747).

Na mesma linha do pensamento da punição como instrumento de vingança, remontando aos tempos do Iluminismo, frequentemente o Legislativo elabora normas penais com a função de retribuir o mal cometido com o excesso de rigor e sofrimento. Tal procedimento vem sendo observado com a edição de leis penais mais severas, especialmente a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a recente Lei de Drogas (Lei nº11.343/2006), além da alteração da Lei de Execuções Penais (Lei nº 10.792/2003), prevendo o Regime Disciplinar Diferenciado, dentre outras.

Como exemplo da publicação da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, que dispunha no § 1º do art. 2º, que a "pena dos crimes hediondos deveria ser cumprida em regime integralmente fechado por crime nele previsto". Tal dispositivo estava ferindo claramente a individualidade da pena, pois, generalizava a conduta do agente – cometimento do crime hediondo - sem levar em consideração o bom comportamento, antecedentes e

circunstâncias do fato. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado nos crimes hediondos, através do controle difuso, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959 em 23 de fevereiro de 2006, por ofensa à individualização da pena (BITENCOURT, 2011, p.529).

Não foi diferente com a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que estabelecia no seu art. 33, § 4º, a vedação da conversão da pena em restritiva de direitos, dispondo que "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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa", generalizando a conduta e impedindo a substituição da pena e ofendendo mais uma vez a sua individualização.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo por ofensa ao princípio da individualização da pena, em virtude do julgamento no Habeas Corpus nº 97.256/RS em 19 de dezembro de 2008, posteriormente, o Senado Federal, através da Resolução de nº 05 de 15 de fevereiro de 2012, suspendeu a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos".

Isso vem ocorrendo, pela predominância da "razão do Estado" em responder a alta criminalidade, nesse sentido o Legislativo editar normas apressadamente sob a influência do clamor público diante de uma determinada conduta ilícita. Nesse contexto, o que se espera do Judiciário, até pela função essencial do sistema de controle entre os poderes públicos, é ver a aplicação das normas constitucionais, dotadas de força normativa e superioridade, para que seja concretizado o princípio da individualização da pena, apesar de também ser influenciado pelos controles sociais dominantes.

Por outro lado, a ausência da tarefa legislativa de tipificar a conduta e estabelecer sanções específicas de forma clara e objetiva, também permite ao magistrado o cometimento de arbitrariedades, "quando as 'margens penais' apresentam exagerada amplitude convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 706). "Na proporção em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e,

por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo à segurança dos cidadãos" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 706).

É notável que a ampla apreciação judicial, permitida pela lei, pode levar a arbitrariedades, pois obriga ao magistrado a fundamentar na sentença no momento da individualização da pena, não sendo suficiente a simples menção genérica aos artigos do Código Penal, de forma que seja conclusiva a razão que levou o magistrado a decidir no caso concreto (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 707).

De regra, o legislador permitiu que deixasse para o juiz a tarefa da dosimetria da pena, ampliando a sua atividade discricionária, porém, não arbitrária, já que o Código Penal Brasileiro estabelece quais os critérios legais a serem observados no momento da fixação da pena (BITENCOURT, 2011, p.673).

Para que se permita a individualização da pena em cada caso concreto, é preciso antes de tudo, que os parlamentares editem normas observando os parâmetros constitucionais da proporcionalidade, da igualdade material e da dignidade humana, de forma que permita ao magistrado adequar a pena à conduta cometida pelo condenado, considerando a sua personalidade e as circunstâncias de cada fato. Caso contrário, caberia ao Poder Judiciário, o controle da razão de punir, contendo o arbítrio legislativo na sua exorbitância de editar normas abstratas dissonantes com os direitos fundamentais consagrados com a constitucionalização do direito penal.

Ademais, passa-se a análise da individualização judiciária com as reflexões críticas sobre o papel do Judiciário de fixar a pena no caso concreto com a realidade atual.

6. O PODER JUDICIÁRIO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No âmbito judicial, o magistrado no momento de aplicação das penas, deve atender ao princípio da individualização, escolhendo a melhor punição no aspecto qualitativo e fixando em uma quantidade determinada que leve em consideração os aspectos relacionados ao fato e também ao agente que cometeu o ato, escolhendo a pena adequada, necessariamente avaliando as características pessoais do infrator.

Luisi (2003, p.53) destaca que na individualização judiciária, o

magistrado fixará qual a pena aplicável, levando em consideração as variedades dos fatores que são previstas na lei penal. Apesar das regras para orientar a fixação do quantitativo máximo e mínimo em relação ao tipo praticado estejam dispostas legalmente, o magistrado possui discricionariedade significativa no momento de decidir, pois, além de agravar ou atenuar a pena de acordo com as circunstâncias do fato, determina o modo de sua execução.

O Código Penal Brasileiro no seu art. 59 estabelece que "o juiz poderá atenuar ou agravar a pena, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como, ao comportamento da vítima".

Em que pese alguns doutrinadores entenderem que o rol descrito no art. 59 do Código Penal Brasileiro é apenas exemplificativo, outros sustentam ser taxativo, sendo considerada uma discricionariedade juridicamente vinculada, pois, o juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelecer. Dentro desses parâmetros, o juiz pode fazer as suas opções para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta de acordo com a singularidade do caso (LUISI, 2003, p.54).

Nucci (2011, p.441) destaca que a aplicação da pena "é o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal". Assim, o magistrado, dentro dos "limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)". Portanto, corresponde a observância do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização.

Dessa forma, o magistrado nos limites da lei realiza a tarefa de ajustamento da resposta penal em função, não apenas das circunstâncias objetivas, mas também da pessoa do acusado e do comportamento da vítima.

Com isso, não há como negar que o juiz exerce a atividade com certo grau de liberdade, permitindo a criação, mesmo que irracional, porque inconscientemente os traços da sua personalidade e as concepções da vida e do mundo se projetam no julgador no momento da decisão. Nesta fase, o juiz não pode generalizar um determinado fato a todos os infratores,

por esse motivo deve se afastar das tendências exercidas pela mídia e pelo clamor social, para que não haja influência na sua razão de decidir.

Com propriedade, Beccaria (2004, p.33) destaca que "cada homem tem sua maneira própria de ver" o mundo e as coisas, e também o "mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos". Dessa forma, o "espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido". Enfim, o homem encontra-se sujeito ao "seu espírito inconstante", podendo pensar e julgar de diferentes formas.

Por isso que as decisões na fase de dosimetria da pena devem ser devidamente fundamentadas, devendo esclarecer o magistrado como valorou cada circunstância analisada, e desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes entender os critérios utilizados na valoração, motivando de forma justificada, sob pena de nulidade da sentença (BITENCOURT, 2011, p.673).

A grande questão é quando o próprio Judiciário não concretiza o direito fundamental do cidadão de individualização da pena, deixando de utilizar os parâmetros constitucionais e racionais, extrapolando os limites do direito de punir do Estado, sob a influência inconsciente e marcante da mídia e dos meios de comunicação em massa.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.63), "os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como controle social", assim, qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a sua essência, esse controle social é exercido através dos meios massivos de comunicação.

A tendência inconsciente levada pelo senso comum, distante da racionalidade, acarreta, não raras vezes, à arbitrariedade no momento de decidir, posto que a sociedade em geral leva consigo as paixões, que remete aos traços da vingança privada, sem considerar as condições que levaram o agente a cometer a conduta. Dessa forma, o juiz que sofre a influência desse controle social inconsciente e aplica punição mais severa, afasta-se do garantismo e da racionalidade de decidir.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.99):

> A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu". "Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo". "O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O direito penal que faça isto mostrará uma autêntica aspiração ética e libertadora; o outro será um puro instrumento de dominação.

Com isso, percebe-se a importância do Poder Judiciário na individualização da pena, posto que a tarefa final da dosimetria encontra-se nas mãos do magistrado, que considerando as circunstâncias do caso concreto tem a função de decidir de forma fundamentada, deixando evidentes as razões que levaram a aplicação de determinada pena ao acusado. Afastando inclusive eventuais ofensas legislativas aos princípios constitucionais de humanização e individualização da pena, que apesar de trazidos formalmente no art. 5º da Constituição Federal, encontra-se distante da realidade prática na sua concretização.

7. O PODER EXECUTIVO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE DO CUMPRIMENTO

Na fase do cumprimento da sanção, a individualização da pena também é denominada de administrativa ou executória, e corresponde ao momento do cumprimento da pena (BITENCOURT, 2011, p. 662). Neste momento, a individualização da pena deve ser observada pelos poderes públicos responsáveis pela sua execução, que corresponde à autoridade do Judiciário, exercida pelo juiz das execuções penais, e

consequentemente pelo Poder Executivo, encarregado pela manutenção do sistema carcerário brasileiro.

A individualização da pena, nessa etapa, também encontra amparo constitucional no art. 5º, inciso XLVIII, no qual dispõe que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", e no inciso XLIX em que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", além do inciso L, que dispõe: "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação"[10]. Esses são os princípios constitucionais penais dirigidos ao juiz das execuções penais, por conseguinte ao Poder Executivo responsável pelas implementações de estrutura e administração dos presídios.

Como reflexo da individualização, o condenado deve ser classificado quando do início do cumprimento da pena, devendo levar em consideração os antecedentes e a personalidade, para orientar o magistrado na individualização da execução penal, porém, a problemática reside na ausência de estrutura adequada e humanizada para reclusão dos condenados.

Analisando abstratamente a Lei de Execução Penal nº 7.210/84, no seu art. 5º, observa-se a preocupação do legislador com a individualização do agente no âmbito da execução da pena. O próprio legislador ordinário, considerando a relevância da matéria na fase de cumprimento da pena, atentou para o princípio constitucional, dispondo da seguinte maneira: "art. 5º - a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado", apesar de não ser verificado na realidade prática.

No plano da execução das penas, o tratamento deveria ser diferenciado para os que apresentam características diferentes, amparado na proporcionalidade e igualdade, deveria ser esse o objetivo a seguir pela atividade estatal, não só no que diz respeito ao resgate da condição humana do condenado como também no aspecto repressivo de suas condutas ilícitas.

A Lei de Execuções Penais seria um "sonho constitucional" se não fosse a realidade prática. Isso porque, a situação caótica em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro vem sendo agravada pelo Estado que não realiza investimentos na implementação da Lei de Execução Penal. No entanto, justifica a sua omissão sob o argumento de que a solução

para a criminalidade deve ser encarada com o aumento da punição e com sanções mais severas. Tal discurso é apoiado pela população em geral, que além de desconhecer o direito e a sua razão de punir, baseia suas conclusões em um raciocínio vingativo, compreensível para a vítima, mas não para o Estado, que deve pautar-se pela racionalidade nas suas atividades.

Nesse contexto, é importante ressaltar ainda que "qualquer solução adotada na esfera legislativa passa, necessariamente, pelas mãos do Poder Executivo, que precisa liberar verbas para implementação de inúmeros programas de prevenção, punição e recuperação de criminosos"(NUCCI, 2011, p.383). Com isso, nada adiantaria a modificação legislativa para implementação de políticas públicas mais eficientes de recuperação do preso, se o Poder Executivo não disponibiliza verbas necessárias para sua concretização. Na realidade, o que se verifica é o tratamento indiscriminado e generalizado dos condenados pela prática de crimes sem qualquer distinção ou individualização da pena, servindo o sistema de verdadeira escola da criminalidade.

Bitencourt (2011, p.543) criticando o Poder Executivo afirma que: "ao invés do governo melhorar a sua política penitenciária, para adequar-se aos preceitos legais – muito deles inclusive insculpidos na própria Carta Magna -, adota a posição inversa":

> já que não pode ou não quer atender a tais mandamentos, simplifica tudo: não mudar a política penitenciária para atender às previsões da Lei de Execuções Penais, mas muda a referida lei – piorando-a, isto é, suprimindo aqueles preceitos que já vinha descumprindo – para, assim, adequá-la a sua péssima administração penitenciária, caótica, desumana e altamente criminógena, ou seja, uma verdadeira fábrica produtora de delinquentes (BITENCOURT, 2011, p.543).

É o que se verificou com a Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais, trazendo a previsão do regime disciplinar diferenciado, em que permite o isolamento celular de 360 dias do preso, podendo ainda ser prorrogável por igual período, isso traduz um tipo de punição cruel e desumana. Na realidade, demonstra um exemplo de "violação

ao princípio da humanidade da pena", pois não passa de uma forma de isolar o indivíduo tornando degradante o cumprimento da pena. Fato que representaria a autêntica vingança social, já que tem o castigo como único objetivo, desprezando por completo a recuperação social, que é um dos objetivos da função da pena. Apesar disso, os Tribunais Superiores tem reconhecido a sua constitucionalidade e aplicabilidade (BITENCOURT, 2011, p.48).

Para Bitencourt (2011, p. 543), o regime disciplinar diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo entre cidadãos e inimigos, ao que Jakobs denominava de "direito penal do inimigo". Para o citado autor, pelo Princípio da Humanidade do Direito Penal:

> O poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são os corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, p.47).

Tal procedimento, além de impossibilitar o fornecimento de um tratamento humano e recuperador para os condenados, estimula a barbárie que o Estado é obrigado a combater, facilita a execução de delitos, alimenta a criminalidade, pois, cria o ambiente propício para a prática de ilícitos penais a partir do sistema carcerário.

Para a solução da problemática, o poder público segue os ideais de um direito penal máximo, ou seja, de um modelo do direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas. "É um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais", que permite uma máxima intervenção punitiva. Isso porque a certeza desse modelo está voltando para a garantia de que nenhum culpado ficará impune, ainda que às custas do sacrifício de um inocente, pois,

o que vigora na realidade prática é a premissa do *in dubio contra reum* (FERRAJOLI, 2010, p.102-104).

Diferentemente do Direito Penal Mínimo que possui dois objetivos principais: o primeiro, a prevenção dos delitos em face da sociedade, já que o Estado deve proporcionar o máximo bem-estar possível da população em geral, bem como, a defesa social dos condenados, devendo ser aplicado o mínimo mal-estar necessário aos desviantes. O que condiz com o princípio iluminista da pena mínima necessária. E também como segundo objetivo, a prevenção das penas informais ou arbitrárias, pois, tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas também do ofensor contra as reações informais, públicas ou privadas, que na ausência de pena, poderia advir da parte do ofendido ou das forças sociais decorrentes do clamor público (FERRAJOLI, 2010, p.308-309).

Sob esse enfoque, a pena mínima necessária de que tratavam os iluministas, não é apenas um "meio" de prevenção de delitos, mas também um "fim", qual seja, a minimização da reação violenta do delito com a manutenção da integridade do ofensor. O que configura a sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do que não se justifica que esta substitua as penas informais. Por isso tem uma finalidade de evitar um mal maior que é a reação da população, punitiva, mas não penal (selvagem, arbitrária, informal). Assim, a defesa além de social, também existe uma defesa individual (FERRAJOLI, 2010, p.309).

O garantismo penal é o modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado democrático de direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado, busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo (NUCCI, 2011, p.382).

Com efeito, a concretização da individualização das penas seria um meio para alcançar a minimização da violência em face do condenado, garantindo os seus direitos fundamentais constitucionais, como resposta ao limite do direito de punir do Estado. Entretanto, a prática brasileira tem demonstrado o afastamento dos poderes públicos que deveriam preservar essas garantias de individualidade da sanção penal.

Entretanto, em virtude das condições precárias do sistema penitenciário toda esboçada doutrina da individualização da pena perde espaço, e a sanção que se assemelham aos ambientes degradantes, desumanos e fétidos dos tempos medievais, tão combatidos por Foucault.

Muito distante do que se encontra formalmente disposto na lei penal, e na tão consagrada Constituição Federal, a realidade prática é que o princípio da individualização da pena está longe de ser concretizado, especialmente pela ausência de política criminal a ser implementada pelo Poder Executivo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse contexto, o princípio constitucional da individualização das penas como direito fundamental do cidadão, assegurando que a punição será aplicada de forma proporcional e adequada às circunstâncias em face do delito e das condições do ofensor de forma humanizada, deve ser efetivado pelos poderes na fase legislativa, judicial e executiva.

Entretanto, o sistema penal brasileiro atual tem atendido em especial às razões políticas do Estado e não a razão jurídica que justifica o seu direito de punir. A falta de vontade política na implementação e estruturação das prisões tem contribuído para o insucesso na erradicação da criminalidade, pois não passa de mais uma forma de controle social. A atividade mais interventiva do Estado incide apenas sobre os efeitos imediatos e emergenciais, oferecendo uma falsa sensação de segurança à população, sem haver um verdadeiro combate às suas causas da criminalidade.

Com isso pode-se afirmar que a grande questão não se encontra na constitucionalização do direito penal, posto que os direitos fundamentais dos cidadãos já estão previstos formalmente no texto constitucional, mas, na racionalidade prática exercida pelos poderes públicos, o que vem distorcendo a razão dos limites do direito de punir do Estado. E assim, o garantismo penal surge como a doutrina mais legítima e justificada para promover uma efetiva individualização da pena, bastando que seja adotada na prática pelos poderes públicos, para que então, alcance a concretização do Estado Democrático de Direito.

THE PRINCIPLE OF INDIVIDUALIZED FEATHERS: THE PUBLIC AUTHORITIES AND PRACTICE RATIONALITY

ABSTRACT: This article intends to conduct a study on the principle of individualization of sentences, outlining a brief history of its formalization in the constitutions of Brazil and the evolution of the types

of punishment. It also emphasizes the major philosophical contributions of Cesare Beccaria and Michel Foucault in the process of humanization of ways to punish and reform of modern criminal law. Entering the doctrinal discussion of the concept of individualization of penalties associated with proportionality, equal material, agent personality and its humanization. From the doctrinal division on the individualization of sentences, the reflections are drawn criticism for a practical reality observed today, leaving the legislature, through the judiciary and ending with the Executive has the duty to maintain the Brazilian prison system. Checking in practice certain distance of public authorities with criminal guaranteeism, especially geared to the reasoning of vengeful retribution of evil for evil committed, dating back to the times of the Enlightenment. Thus, although formally provided in the Federal Constitution of 1988, the humanization and individualization of sentences need to be implemented as a fundamental right of the accused, through the political will of the government within a practical rationality as to the limits of the right to punish the state.

KEYWORDS: Principle of Individualization of Feathers. Rationality Practice of Public Authorities. Arbitrariness. Constitutionalisation Criminal Law. Fundamental Right of the Accused.

Notas

[1] Michel Foucault na obra *Vigiar e punir* descreve com bastante propriedade as penas que recaiam sobre os corpos dos condenados, como o suplício e de maneira detalhada como essas penas corporais são cruéis e dolorosas da época medieval. Demonstrando a necessidade de mitigação das penas como forma de punir melhor, contribuindo assim, para a evolução do direito penal quanto à punição dos acusados. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

[2] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[3] Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Artigos III e V .

[4] Texto da Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX.

[5] A obra *Dos delitos e das penas* foi escrita por Beccaria que receoso das perseguições que poderia sofrer, a obra foi impressa secretamente em Livorno e distribuída em 1764 (BECCARIA, 2004).

[6] Foucault dedica dois capítulos da sua obra *Vigiar e punir*, tratando de forma detalhada sobre "o corpo dos condenados" e "a ostentação dos suplícios", descrevendo como eram as execuções da forca, fogueira, a pena de morte, tortura, a roda entre outros meios cruéis de punição da conduta (FOUCAULT, 2004, p.08-56).

[7] "Ora, essa individualização é muito diferente, em natureza, das modulações da pena que se encontravam na jurisprudência antiga. Esta — e nesse ponto ela estava de acordo com a prática penitenciaria crista — usava duas series de variáveis para ajustar o castigo, as da "circunstância" e

as da "intenção". Ou seja, elementos que permitiam classificar o ato em si mesmo. A modulação da pena provinha de uma "casuística" em sentido lato. Mas o que começa a se esboçar agora é uma modulação que se refere ao próprio infrator, a sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, a "qualidade" e não mais a intenção de sua vontade. Percebe-se, mas como um lugar ainda deixado vazio, o local onde, na prática penal, o saber psicológico viria substituir a jurisprudência casuística. Claro que no fim do século XVIII esse momento ainda esta longe. Procura-se a ligação código-individualização nos modelos científicos da época. A história natural oferecia sem dúvida o esquema mais adequado: a taxinomia das espécies segundo uma gradação ininterrupta. Procura-se constituir um Einne dos crimes e das penas, de maneira a que cada infração particular, e cada indivíduo punível possa, sem nenhuma margem de arbítrio, ser atingido por uma lei geral" (FOUCAULT, 2004, p.53-54).

[8] O autor traz que: "a crueldade das penas produz ainda dois resultados funestos, contrários ao fim do seu estabelecimento, que é prevenir o crime. Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas; porque, embora uma crueldade industriosa tenha. multiplicado as espécies de tormentos, nenhum suplício pode ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Além desses limites, se surgirem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastante cruéis? Em segundo lugar, os suplícios mais horríveis podem acarretar às vezes a impunidade. A energia da natureza humana é circunscrita no mal como no bem. Espetáculos demasiado bárbaros só podem ser o resultado dos furores passageiros de um tirano, e não ser sustentados por um sistema constante de legislação. Se as leis são cruéis, ou logo serão modificadas, ou não mais poderão vigorar e deixarão o crime impune. Termino por esta reflexão: que o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas" (BECCARIA, 2004, p.88-89).

[9] Na obra clássica de Cesare Beccaria *Dos delitos e das penas*, o autor dedica um capítulo para discorrer sobre a proporcionalidade das penas com a denominação "Que as penas devem ser proporcionadas aos delitos", e destaca que deve "haver uma proporção entre os delitos e as penas".

[10] Texto da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

_____ *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Princípios da personalidade e da individualização da pena no direito penal moderno.* Londrina, Revista Jurídica da UniFil, Ano V - nº 5, 2008.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 10. ed. rev. atual ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1 v.
TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: *parte geral*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1 v.

A EXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL

Susana Raquel Cipriano Ramalho Sampaio*

RESUMO: O presente estudo reside na possibilidade de infringência dos preceitos e garantias constitucionais penais ante a homologação da transação penal, instituída pela Lei 9.099/95. No Direito brasileiro, a aplicação de qualquer pena sem a realização de um processo e sem prévia discussão da culpabilidade, rompe com o sistema tradicional do *nulla poena sine judicio*. Válido expor, em um primeiro momento, a evolução da era do Direito consensual no Brasil, bem como a aplicabilidade de mecanismos previstos na legislação extravagante. Ato contínuo, discute-se a questão da constitucionalidade da medida da transação penal, ante a omissão do legislador em tornar viável a aplicabilidade do referido instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Transação penal. Lei 9.099/95. Direitos processuais penais constitucionais. Jurisdição. Natureza da sentença homologatória de acordo. Conversão. Pena privativa de liberdade. Pena restritiva de direitos e multa.

1. INTRODUÇÃO

1.1 O INÍCIO DA FASE CONSENSUAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Consideráveis mudanças da justiça criminal vieram com o advento da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, originária do anteprojeto apresentado ao deputado Michel Temer, que, transformou-o no Projeto de Lei 1.480/89, tratando sobre o Juizado Especial Criminal. O segundo

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); ex-assessora de juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE); pós-graduada em Direito Penal e em Direito Processual Penal pelo convênio Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese) e Faculdade de Sergipe (FaSE); advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil nº 4977/SE.

Anteprojeto 3.698/89, de autoria do deputado Nélson Jobim, abordava temas cíveis e criminais[1].

O deputado Ibrahim Abi-Ackel, relator das propostas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, selecionou ambos os projetos, unificando-os em um substitutivo, aprovado definitivamente, culminando na Lei 9.099/95.

Antes desse novo modelo neoliberal e ortodoxo de resolução de controvérsias penais, predominava a Heteronomia, sistema pelo qual a resolução da lide era atribuída a um terceiro, sem representar ou auxiliar as partes[2]. Nesse contexto, observou-se que no início da década de 80, a Política Criminal da ressocialização não era mais tida como objetivo nuclear e legitimador da intervenção penal.

Diante da tutela penal liberal de novos bens jurídicos, o controle social se fez cercado de garantias formais e materiais, arraigadas no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, com o intuito de minorar a possibilidade de violação das liberdades individuais. Nessa perspectiva, o Direito Penal passou a ser mínimo e garantístico, reconhecendo a validade de princípios, tais como os da culpabilidade, da humanização da pena, da igualdade, da proporcionalidade e da ressocialização.

O direito penal por ter aspecto menos envolvente permitia maior abertura na participação da vítima, em condições igualitárias a de todos os seus demais autores.

Entretanto, a tese abolicionista europeia de que o "crime não tinha realidade ontológica e de que os conflitos sociais ou problemas que realmente existiam só poderiam ser equacionados através de todas as partes neles envolvidas"[3], entrou em um processo de crise.

Nesse contexto, na década de 90, tal paradigma restou-se debelado ante a prevenção geral positiva como novo critério basilar legitimador da intervenção penal. Exsurgiu, nesse mesmo momento histórico, a tese desformalizadora, como figura de resolução dos conflitos penais, apartada de um processo formal, em um diagrama de caráter transacional.

Para que possa subsistir, na seara de um processo criminal, um sistema baseado no consenso, um dos pré-requisitos capitais seria o de uma defesa efetiva e capaz de se equiparar aos suportes da intervenção ministerial ou acusatória. Destaca-se que a tentação de abreviar ou evitar o processo penal por negociação é universal, no entanto ela

notoriamente prevalecente nos sistemas do *Common Law*. Esse preceito, apesar de também ser construído ao redor da presunção de inocência, ele presume a culpabilidade para que se aplique uma pena-sanção.

Consoante entendimento de Grinover Ada Pellegrini, apesar de se favorecer a conciliação, reservou-se pouco espaço para a chamada barganha penal. Afirma que em relação à transação penal não se está diante nem do *Guilty Plea* (declarar-se culpado), nem do *Plea Bargaining* (que permite amplo acordo entre o acusador e o acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena)[4].

> Tais tendências já chegaram aos países periféricos e se adaptaram bem à visão autoritária dos segmentos hegemônicos dominantes. Na própria Constituição da República de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não foram acolhidos em sua plenitude, admitindo nocivas interferências[5].

De outra banda, o modelo de justiça consensual aplicado na Lei italiana 689, de 14 de novembro de 1981, além de despenalizadora, tem caráter descriminalizador, permitindo que o magistrado, a pedido e iniciativa do acusado (emergindo as diferenças do instituto aplicado no Brasil) e após manifestação favorável do Ministério Público, aplicasse a medida com a subsequente extinção da punibilidade, com o registro da pena exclusivamente para o efeito de impedir um segundo benefício (art. 77 e seguintes).

Observa-se ainda que no Código Penal português, de 17 de fevereiro de 1987, nos seus arts. 392 *et seq*., permite que o Ministério Público requeira a aplicação de pena de multa ou pena alternativa, funcionando também como representante da vítima para propor o pleito de indenização civil. Aceita a proposta, a homologação judicial equivale a uma condenação.

Esse novo sistema português, bem como no *Common Law, Guilty Plea* e *Plea Bargaining* do sistema norte-americano, não guardam similitude com a transação penal do direito brasileiro, pois esta não permite pleno acordo entre as partes e antecipa a pena antes de entrar da esfera da culpabilidade.

Quando se importa tal modelo de justiça estrangeira, inserido-o no art. 98, inciso I, da Constituição da República Brasileira de 1988[6], sem a devida análise sistemática e hermenêutica pelo constituinte, o espaço do consenso traz amplas dificuldades para sua uniformização e integração, mesmo diante da criação de lei federal[7] para sua implementação, ante a dificuldade de recepção pelo molde principiológico, garantístico e originário previsto na CR/88.

Paralelo à dicotomização entre os direitos individuais e os coletivos e o significado constitucionalmente definido de segurança pública, que as reformas parciais do processo penal brasileiro têm incrementado o sistema inquisitorial, distanciando os mecanismos de averiguação do desvio punível da feição acusatória insinuada pela CR e incrementando a desjudicialização do sistema jurídico-penal[8].

O princípio da legalidade sofre indubitável lesão com a formulação de modelos de transação ou conciliação, que depreciam o processo formal, atingindo também as garantias materiais do Direito Penal, como a proporcionalidade, culpabilidade, igualdade e humanidade da pena. Há, portanto, uma nova exegese, a qual o intervencionismo penal está cada vez mais intenso e abrangente.

Diante disso, a desformalização do sistema penal não se atentava para a postura vitimológica, excluindo-a da celeuma do crime.

A problemática inserida pela Lei nº 9.099/95, recorre a um tipo de procedimento sintético, reforçado pela tendência da justiça de consenso. Em contrapartida, a novel forma de resolução do conflito expurgou o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, garantido pelo princípio da intervenção mínima.

Assim, o legislador, destoando da vertente de aplicabilidade dos princípios processuais penais constitucionais, terminou por privilegiar a criminalização. Constata-se tal fato pela publicação de leis penais para regularem condutas que *a priori* não deveriam ser de cunho penal, como na Lei. 9.605/98 (lei ambiental), que, apesar do seu caráter administrativo, o Direito Penal é sempre chamado para intervir.

Alargando ainda mais a aplicação do instituto, com a edição da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, houve a majoração da pena abstratamente considerada para fins de definição de 01 (um) ano (Lei 9.099/95) para 02

(dois) anos[9]. Ademais, observar-se-á também o emprego da transação penal na reunião dos processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes, decorrentes de aplicação da regra de conexão e continência, nos ditames estabelecidos pela edição da Lei 11.313 de 28 de junho de 2006, que modificou os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95 e art. 2º da Lei 10.259/2001.

De acordo com a conformidade processual, o microssistema do Juizado Especial Criminal, especificamente no que tange à transação penal, dispensa: o mínimo lastro probatório para antecipação dessa medida, a citação do indiciado para apresentar defesa prévia, a sua declaração dos fatos em juízo e a sentença meritória (entretanto homologatória).

Sobre a introdução no direito processual penal brasileiro da transação pena, debate-se acerca da aplicação direta de sanção penal, com especial destaque para as possibilidades abertas no sistema para a imposição negociada de pena restritiva de direitos, enfatizando que, às vezes, soluções penais consensuais abdicam das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa[10].

Outrossim, como a transação penal não atinge a esfera da culpabilidade, não gera, portanto, reincidência e maus antecedentes, bem como não há inserção do nome do indiciado no rol de culpados. Apesar de deveras convidativo, mas inconstitucional se considerar a substituição da garantia orgânica da jurisdicionalidade (a *nulla poena sine* culpa e o *nulla poena sine indicio*), em prol da resolução de uma lide penal em um prazo razoável (embora não efetiva, pois não adentra ao mérito e antecipa uma medida-sanção, em desacordo também com o art. 5º, LXXVIII da CF), usando-se do pretexto da mora jurisdicional.

A justiça criminal tradicional, a chamada justiça de conflito, toma conta dos delitos mais graves, preponderando os princípios do contraditório e da legalidade.

Teríamos um novo paradigma de justiça criminal, impõe aos operadores de direito o papel de meros propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração de novos princípios norteadores dos juizados especiais criminais, consagrando soluções aparentemente mais céleres, depurando os institutos e garantias processuais constitucionais.

2. O INSTITUTO DEPURADOR DA TRANSAÇÃO PENAL: INAPLICABILIDADE DO ATO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

2.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E PROPOSTA DO INSTITUTO

Considerada por grande parte dos doutrinadores como um marco no direito processual penal brasileiro, a Lei n.º 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, introduziu o novo paradigma da justiça criminal consensual na ordem jurídico-penal nacional. Originários da previsão constitucional do artigo 98, inciso I, da Constituição de 1988, os Juizados Especiais Criminais foram engendrados com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumaríssimo.

O legislador pátrio estabeleceu o instituto da transação penal, com o intuito de realizar uma política criminal mais eficiente, abrandando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, através de uma medida, sem processo, de reparação dos danos sofridos pela vítima e de aplicação de pena não privativa de liberdade.

Consagra-se a transação penal no art. 76 da Lei 9.099/95, o qual dispõe:

> (...) havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Antes do oferecimento da denúncia pelo *Parquet*, na chamada fase pré-processual ou administrativa, o órgão ministerial poderá propor um acordo, transacionando a pretensão punitiva estatal com o direito à liberdade do suposto autor do fato delituoso, presentes os pressupostos legais objetivos e subjetivos para a sua oferta, não sendo admitida sua proposta nas hipóteses do § 2º, do art. 76 da Lei 9.099/95.

Nessa esfera legal, poder-se-á definir a transação penal como o ato jurídico pelo o qual o Ministério Público e o indiciado, preenchidos os requisitos da lei dos Juizados, na presença do magistrado para sua apreciação, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento

de uma pena consensualmente ajustada[11].

Na sistemática nacional, definida pela Lei nº 9.099/95, a proposta de transação, ao contrário da moderna legislação italiana, de caráter bifronte, apenas o Ministério Público acha-se legitimado a fazê-la, primeiramente ao arguido e, se aceita, a levá-la ao juiz para homologação (§ 3º do art. 76). O legislador optou por não deferir igual prerrogativa à defesa, diante da reserva da iniciativa da ação penal pelo *Parquet*, conforme consignado no art.129 da CF/88.

A audiência deveria ser realizada no momento em que são apresentados o autor do fato e a vítima, mas no Brasil como se previa, em geral não ocorre. Caso não sendo possível a realização da audiência preliminar quando da apresentação dos envolvidos, será designada data próxima, saindo ambos cientes, conforme determina o art.70 da Lei 9.099/95.

Na data designada para a audiência preliminar, estando presentes o juiz, o órgão ministerial e a defesa, bem como o suposto autor do fato, o responsável civil e a vítima, o magistrado tentará obter a conciliação civil e criminal, além de apontar a possibilidade da transação (art. 72 da LJEC).

Superada a fase de conciliação e, em se tratando de crime de ação pública, o órgão acusador avaliará se existem elementos para propor a ação penal, e se não for caso de arquivamento, deverá propor a transação penal.

Não aceita a proposta pelo autor, deve o Ministério Público, no mesmo ato, oferecer a denúncia oralmente, estando, assim, expressamente consagrado o princípio do devido processo legal, configurando-se o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, pois agora o órgão do Ministério Público deve ofertar a denúncia.

Sobreleva destacar que o ato jurídico epigrafado, diferentemente do que ocorre na prática, somente é cabível quando não seja o caso de arquivamento, ou seja, restando caracterizada a ausência de tipicidade aparente do fato, ou qualquer outra condição da ação que enseje a não apresentação de denúncia, deve o termo circunstanciado ser arquivado[12].

Com essa devida interpretação, nos ditames dos artigos 24 c/c 28 do CPP, reserva-se no ordenamento jurídico penal brasileiro, de acordo com as normas do Código de Processo Penal, o princípio da obrigatoriedade absoluta, não obstante o advento da Lei 9.099/95.

Tratando-se ainda de crimes de menor potencial ofensivo, em ação penal pública, incondicionada ou condicionada à representação, deverá o Ministério Público ofertar a denúncia, impreterivelmente, deixando de antever, antes do início da ação penal, uma proposta de multa ou de pena restritiva de direitos. Nesse mesmo sentido, destaca-se o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

> (...) a lei didaticamente deixou claro quanto à obrigatoriedade de se verificar preliminarmente se não é o caso de arquivamento, em respeito ao artigo 28, do Código de Processo Penal, e não sendo de nenhuma forma alternativa ao pedido de arquivamento o oferecimento da proposta da transação penal, o que ocorrera após um juízo prévio ao oferecimento da denúncia[13].

Ademais, a própria lei declara quando o autor do fato não faz jus à proposta de transação, estipuladas no §2º do Art.76, da Lei nº 9.099/95, *in verbis*:

> Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
> I- Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
> II- Ter sido o autor beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, nos termos deste artigo;
> III- Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Sobre estas três condições específicas da transação, tratadas como requisitos impeditivos, as duas primeiras são de fácil deslinde. Para a primeira hipótese, suficiente certificar a existência de uma sentença transitada em julgado por crime. Quanto ao segundo requisito, suficiente a verificação, no âmbito dos Juizados, sendo por vezes necessário que o órgão acusador pugne pela juntada de certidões de outros Estados

da Federação, confirmando ou não se o indicado já fora "beneficiado", durante o período dos 05 (cinco) anos antecessores, pela transação penal.

Pelo grau de subjetivismo por parte do Ministério Público sobre a terceira condição, impende restringir a discricionariedade da necessidade de aplicação da medida.

A suficiência para aplicá-la, referir-se-ia, portanto, a sua plena adequação ao caso concreto. Ratifica-se tal assertiva diante da vertente que a transação penal não é mera faculdade do órgão ministerial, mas sim um direito subjetivo do autor, podendo somente este dispor, aceitando ou não a proposta, quando presentes os requisitos específicos para sua aplicação[14].

Preenchidas as condições da transação, nos ditames do art. 76, § 2º, da Lei dos Juizados, não sendo oferecida a proposta pelo *Parquet*, caberia ao juiz oferecê-la, impetrando um *habeas corpus*, para sanar o constrangimento.

Caso não haja os impedimentos precitados, havendo a proposta e sendo aceita, juiz a homologará por sentença, nos exatos termos do mencionado artigo.

2.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO E A NATUREZA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO

O sistema dos Juizados Especiais Criminais, no que tange à transação penal, segue inquisitivo, pois cabível ao magistrado esclarecer sobre a aceitação da proposta, e o Ministério Público só poderá acordar no momento oportuno da audiência preliminar.

O limite objetivo da questão volta-se para o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza jurídica dessa decisão, podendo a mesma, em que pese a omissão legislativa, ser rescindida ou desconsiderada, em razão da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, caso o beneficiado não cumpra na íntegra o acordo firmado.

Para o autor Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[15], a sentença denegatória da homologação possui natureza terminativa, visto que o acordo entre as partes denota verdadeira pretensão submetida a juízo. Não se adentra a questão meritória, pois o juiz somente analisa a presença dos requisitos da transação penal.

Quanto ao controle jurisdicional, sabe-se que o magistrado antes de homologar o acordo feito na transação, verificará o preenchimento de todos os requisitos legais do art. 76 da LJEC. Caso não homologue, seja em virtude de não ter o indiciado aceito a proposta ou ainda na hipótese de uma transação ilegal, como prevê o artigo 77, da Lei nº 9.099/95, o *Parquet* poderá requerer novas diligências imprescindíveis, ou ainda oferecer oralmente, na audiência designada, a denúncia[16].

A sentença que homologa a transação penal também não tem caráter absolutório, pois, em que pese não adentrar a culpabilidade e ser um instituto despenalizador e desjudicializante, traz consigo uma sanção acordada.

Para boa parte da doutrina sustenta que referida decisão não tem cunho condenatório, pois a aceitação da proposta não implica presunção de culpa, mas opção do acusado em se desfazer da lide processual penal. Ademais, a sentença não carrega os efeitos de uma sentença condenatória típica. Consoante preleção de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado[17], a decisão teria cunho definitivo, pois põe fim ao processo com resolução do mérito, resolvendo uma pretensão punitiva estatal não resistida, e por isso não possui todas as características de natureza condenatória.

Ante o expendido, parte da doutrina a considera como uma decisão condenatória imprópria, pois somente mantém a sanção, sem caráter de pena propriamente dita, oriunda de uma medida transacionada. Dessarte, o recurso cabível, na citada hipótese, seria o da apelação.

A transação, retomando suas consequências jurídicas, quando oferecida pelo órgão acusador, aceita pelo autor do fato e homologada pelo magistrado, faz a sentença não impugnada coisa julgada. O procedimento, com o devido cumprimento da medida, é então arquivado. *Prima facie*, a problemática reside sobre a questão relacionada aos artigos da execução, respectivamente artigos 84, 85 e 86, *in verbis*:

> Art.84: Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.
> Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando nos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

> Art.85: Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direito, nos termos previstos em lei.
> Art.86: A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Ante as questões de que a aceitação do acordo poderia significar uma espécie de reconhecimento relativo de culpabilidade, ou ainda uma mitigação do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, romper-se-ia o sistema tradicional do processo penal do *nulla poena sine judicio*.

Diante disso, três são os argumentos básicos referentes à inconstitucionalidade da transação penal: a) A aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa infringiria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", podendo chegar-se à privação de liberdade, em virtude da possibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade (art. 51 e parágrafos, do Código Penal e art. 182, da Lei de Execução Penal); b) O instituto infringiria a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; c) Ficaria desrespeitado o princípio da igualdade processual, decorrente do art. 5º, caput e inciso I, porquanto a transação penal só seria admissível se houvesse transação civil, com os que não pudessem ou não quisessem compor os danos ficariam excluídos do benefício do acordo penal[18].

Não obstante o art. 85, da Lei nº 9.099/95 afirmar a conversão para a pena de privativa de liberdade, cumpre salientar que tal conversão não mais é possível em razão da Lei 9.268 de 19 de abril de 1996, e que deu nova redação ao art. 51, da Carta Penal: "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas de prescrição". A multa, por conseguinte, passou a ser considerada dívida de valor, impossibilitando sua conversão em pena privativa de liberdade diante da revogação expressa dos §§1º e 2º do artigo 51 do Código Penal

e do artigo 182, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).

A partir dessa alteração legislativa, cabível à Fazenda Pública executar a dívida proveniente do inadimplemento da multa pelo autor do fato, promovendo-se a ação executiva fiscal.

Ao impossibilitar a conversão de pena de multa em pena de prisão, não houve previsão análoga no que se refere à pena restritiva de direitos. Continua em vigência o artigo 181, da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), que prevê a possibilidade de conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, consoante artigo 45, do Código Penal[19].

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo de forma a não consentir na conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, em nenhuma circunstância. Fundamenta sua posição sob o argumento de que a conversão se daria sem o devido processo legal e ampla defesa, sendo, portanto, inconstitucional[20].

O efeito negativo da coisa julgada, que deriva da imutabilidade do comando emergente da sentença homologatória da transação, disciplinada na lei, impede a renovação da demanda, o que impossibilita um novo julgamento e, com isso, o órgão acusador não poderá propor a proemial acusatória. Diante da observância do princípio inafastável da incongruência do pedido com a sentença, e desta com a execução, a conversão da pena restritiva decerto caracterizar-se-ia um excesso de execução.

Nessa esteira, inexistindo previsão legislativa para aplicação de tais mecanismos, o descumprimento da transação nada poderá acarretar. As penas restritivas de direito acordadas, portanto, não possuem qualquer força coativa.

Entende-se, pela lição de José Laurindo de Souza Netto[21], que a sentença tem natureza interlocutória mista, com força de definitiva, a exemplo daquela que estabelece as condições de cumprimento do *sursis*, e dessa forma, enquanto não cumprida a pena consentida pelo autor não pode ocorrer a extinção da punibilidade. E tal extinção só poderia ser declarada pelo magistrado após o cumprimento.

A transação penal criou uma situação peculiar ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos parâmetros, a existência da infração penal. Outrossim, sem a constatação processual da culpabilidade, a rigor não caberia a

imposição de uma pena.

Confirma-se a assertiva diante de uma prática reiterada pelo órgão acusador, considerando a premissa da possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, frente ao descumprimento da transação. Seguindo conclusos os autos ao juiz, anuindo com o parecer ministerial, deverá quantificar esta conversão.

Entretanto, destaca-se que o descumprimento de qualquer dos requisitos previstos no artigo 59 do Código Penal, dentre eles a culpabilidade, enseja a nulidade da sentença. No sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição da pena detentiva e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa de liberdade aplicado na sentença. Contudo, no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para sua conversão. Mesmo considerando a possibilidade de quantificação da pena, de forma proporcional ao descumprimento da transação penal, o ordenamento penal pátrio está vinculado no princípio de que a pena corresponde a uma sanção originária de um ato ilícito, enveredando para o brocardo e princípio constitucional penal que não há crime sem lei anterior que o define, nem pena, sem prévia cominação legal.

Ademais, mesmo o juiz para homologando a transação penal após o cumprimento do avençado, tal posicionamento não soluciona a problemática trazida pela lacuna legal, tendo em vista que a execução pressupõe um título e ele somente torna-se exequível com a sentença homologatória do acordo.

Em face da inviabilidade de homologação da transação após o cumprimento da pena restritiva, e de rescindir uma decisão em caso de seu descumprimento (gerando uma ação penal a partir da denúncia), sabe-se que a sanção penal, em nosso ordenamento, só pode ser aplicada através da jurisdição e do devido processo legal. Entrementes, somente pode ser executada a partir de uma decisão jurisdicional, presente o pressuposto da aferição da culpabilidade pela reconstituição, pela via de um processo penal, de um fato ilícito.

3. CONCLUSÃO

O instituto da transação penal tem menor abrangência que o espaço oferecido pelo *plea bargaining* americano, pois o Órgão Ministerial não

tem a total disponibilidade da ação penal. Apesar de se afirmar que no sistema da Lei 9.099/95 não estamos diante do *guilty plea* (declaração de culpa), pois a transação não teria efeitos penais ou civis, diante da figura do *nolo contendere* (não querer litigar), tal situação não é aplicável, ante a omissão do legislador em trazer mecanismos de viabilidade do cumprimento do acordo, sem adentrar a questão meritória.

Caso o beneficiado descumpra injustificadamente a medida, não pode de imediato ser condenado por uma pena privativa de liberdade pela conversão da restritiva acordada. O objeto do acordo é a opção da via do consenso à do conflito, e o reconhecimento da culpa não foi passível da transação.

A extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena aceita livremente pelo autor do fato, implicando o seu descumprimento a rescisão do acordo penal, razão pela qual só resta ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do art. 77 da Lei 9.099/95, oferecendo a denúncia, ou requisitando as diligências que entender necessárias[22]. Entretanto, não havendo previsão legal para a viabilidade da desconsideração da sentença homologatória do acordo (título exequível), e início do processo, resta ao legislador providenciar instrumentos legais para reparar tal omissão.

THE DECISION HOMOLOGATION OF THE CRIMINAL TRANSACTION

ABSTRACT: This article relies on the possibility violation of rules and penal constitutional assurances, instituted by 9.099/95 law. On Brazilian laws, apply any punishment without a suit or guilty discussion breaks *nulla poena sine judicio* traditional system. It important exposes, at a first moment, that the consensual rights evolution in Brazil, as well the applicability of foretold mechanisms on foreign legislation. Wherefore, it had discussed the constitutionality question of penal transaction measure towards of lawmaker's decision about make workable the applicability of subject.

KEYWORDS: Penal Transaction. 9.099/95 law. Procedural penal rights constitutionals. Jurisdiction. Nature of settlement verdict. Conversion. Privative freedom penalty. Restriction rights penalty and fine.

Notas

[1] ALBUQUERQUE, Tatiany Nascimento Chagas de. *A Lei 11.313/06 no contexto da era consensual do direito penal*. Revista da Esmese. Aracaju:ESMESE/TJ, n.10, 2007, p. 95.
[2] *Ibidem*, p. 95.
[3] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 07-10.
[4] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
[5] ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit, p.10.
[6] Art. 98, inciso I, da CR: "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau"
[7] O próprio dispositivo refere-se à lei, que deve ser federal, porquanto só à União cabe legislar em matéria penal (art. 22, inciso I, da CF), e seria de natureza material a norma que permitiria a transação e regularia seus efeitos penais. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a criação dos Juizados Criminais pelos Estados dependia de lei federal, sendo inconstitucional a norma estadual que outorgara competência penal aos Juizados Especiais (HC 71713-PB). Tal entendimento foi reiterado no HC 72.582-PB (DJU 20/10/1995, p. 35.258).
[8] CARVALHO, S. de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUDERLICH, A.; CARVALHO, S. (Orgs.) *Novos diálogos sobre juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 98.
[9] Nos termos do art. 2, da lei 10.259/2001 "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".
[10] PRADO, G. L. M. Justiça penal consensual. In. WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002, p. XVI.
[11] SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
[12] NOGUEIRA, M. F. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160.
[13] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
[14] Acatando o entendimento de que transação penal é um direito subjetivo do envolvido, a décima quarta conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da lei nº 9.099/95 decidiu que o juiz poderá oferecer a transação penal no caso apontado.
[15] CARVALHO, L. G. G. C. de. *Lei dos juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003, p. 144.
[16] Art. 77, caput, da Lei 9.099/95: "Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis".
[17] PRADO, G. L. M., apud MACHADO, Altair Mota. *Juizado especial*: da teoria à prática. Curitiba: UFPA, 2006.
[18] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de

26.09.1995. 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-39.

[19] O artigo 45, para possibilitar a referida conversão, remete ao §4º do artigo precedente, *in verbis*: "a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzidos o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 trinta) dias de detenção ou reclusão."

[20] RE 268.320, Rel. Octavio Gallotti, HC 79.572, Rel. Marco Aurélio; STF, HC 80.802-6. Ellen Gracie, DJU de 18.05.2001, p. 434.

[21] SOUZA NETTO, apud MACHADO, op. cit., p.186.

[22] Nesse mesmo sentido: ALMEIDA, L. H. *Transação penal*: pena sem processo? Buscalegis. Disponível em < http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/15/97/1597/>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Tatiany Nascimento Chagas de. *A lei 11.313/06 no contexto da era consensual do direito penal.* Revista da Esmese. Aracaju: ESMESE/TJ, n.10, 2007.

ALMEIDA, L. H. *Transação penal:* pena sem processo? Buscalegis**.** Disponível em < http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/15/97/1597/>

CARVALHO, L. G. G. C. de. *Lei dos juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.

CARVALHO, S. de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUDERLICH, A.; CARVALHO, S. (Orgs.) *Novos diálogos sobre juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995.* 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Altair Mota. *Juizado especial*: da teoria à prática. Curitiba: UFPA, 2006.

NOGUEIRA, M. F. *Transação penal.* São Paulo: Malheiros, 2003.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal.* São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal Brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Ricardo Diego Nunes Pereira*

RESUMO: O presente estudo tem como fim analisar a responsabilidade civil aplicada na esfera do direito ambiental, à luz da Constituição e da legislação ordinária, além da jurisprudência pátria.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Direito Ambiental.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou, em seu art. 225, o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito esse da chamada terceira geração, pois, sendo bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano –, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Como se percebe, há um dever genérico de proteção ao meio-ambiente, que se expressa através de obrigações concretas. Quando essas obrigações não são observadas, surge o dever de reparação dos danos ambientais causados, que pode se dar na esfera penal, administrativa e civil, consoante dicção do art. 225, § 3º, CF/88, *in verbis*:

> Art. 225 [...] § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados [responsabilidade civil]. [grifei]

O objetivo deste trabalho é a abordagem da responsabilidade civil por

* Advogado, graduado pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, e pós-graduando em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia. Ex-Servidor Público da Receita Federal do Brasil. Autor de diversos artigos jurídicos. Texto elaborado em junho de 2009. E-mail: ricardodiego87@hotmail.com

danos ambientais, revelando uma visão geral desse instituto específico. Para tanto, necessitaremos de um breve panorama da responsabilidade civil geral e, após, passaremos para o estudo da responsabilidade civil ambiental.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA SUBJETIVA E TEORIA OBJETIVA

Podemos definir a responsabilidade civil como sendo "a obrigação imposta a uma pessoa, física ou jurídica, de ressarcir os danos, patrimoniais e/ou morais, que causou a alguém seja em razão de sua atividade ou de sua conduta" (SILVA, 2005, p. 426), ou mais especificamente, "[...] responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

Assim, dois momentos estão presentes: a obrigação originária (*Shuld*) e a obrigação sucessiva (*Haftung*), que é a responsabilidade (*obligatio*) pela não observância da primeira obrigação (*debitum*).

Essa responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva, a depender da presença do elemento "conduta culposa do agente". Diz-se isso porque a culpa, de acordo com a teoria clássica, é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, onde a vítima somente será reparada caso se prove a culpa do agente. Os outros pressupostos são: o nexo causal e o dano (*vide* art. 186 c/c art. 927, CC/02).

Já quanto à responsabilidade civil objetiva, tem-se que sua análise se dá sem um dos elementos, qual seja, a culpa. Sendo assim, cinge-se à averiguação do dano e do nexo de causalidade (adequada).

Tal concepção está fundada nas diversas teorias do risco (surgidas em decorrência da transformação social observada nesses últimos séculos, onde temos uma sociedade também de risco), que importa a assunção dos riscos e reparação dos danos decorrentes de uma atividade perigosa. Assim resume Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 136): "todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa".

Por serem importantes ao estudo mais adiante da responsabilidade ambiental, mister explicitar essas teorias do risco, no escólio de Cavalieri Filho (2008, p. 136/139): risco-proveito ("o responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa"), risco profissional ("o dever de indenizar

tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado"), risco excepcional ("a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima"), risco criado ("aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo") e risco integral ("o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior").

Diga-se, desde logo, que se dará destaque abaixo à teoria do risco criado e à teoria do risco integral, em vista do debate doutrinário acerca de qual das duas teorias se vale a responsabilidade civil ambiental. A diferença entre as duas teorias está no fato de que a do risco criado admite, sim, as excludentes do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior), enquanto a do risco integral justifica o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal, em que tal dever se faz presente tão só em face do dano, portanto.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

De fato, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente é objetiva, além de ser solidária, conforme restou assentado no REsp 217.858, Rel. Min. Franciulli Neto, julgado em 04/11/2003. Nesse ponto, há que se observar que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que estabeleceu a responsabilidade objetiva para os causadores de danos ao meio ambiente, nestes termos:

> Art. 14 [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. [grifei]

Ressalte-se que o art. 4º, *caput*, da Lei 6.453/77, também fala em

responsabilidade civil objetiva ("independentemente da existência de culpa") ao tratar de dano nuclear, *in verbis*:

> Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear [...] [grifei]

Ocorre que há um debate na doutrina acerca de qual teoria fundamenta essa responsabilidade ambiental. Lembremos que ao ser adotada ou a teoria do risco criado ou a do risco integral, essa escolha terá reflexos na questão de se admitir (no risco criado), ou não (no risco integral), as dirimentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior).

Para Paulo de Bessa Antunes (2006, p. 205/207), essa questão é bastante complexa, pois a responsabilidade objetiva desiguala a relação processual entre as partes, em vista da análise tão somente do fato e do nexo para que se estabeleça a obrigação de reparar o dano. Ele chama atenção para o fato de a responsabilidade por risco integral não se confundir com a responsabilidade derivada da só existência da atividade. Explica que

> não se pode admitir que um empreendimento que tenha sido vitimado por fato de terceiro passe a responder por danos causados por este terceiro, como se lhes houvesse dado causa. Responsabilidade por risco integral não pode ser confundida com responsabilidade por fato de terceiro, que somente tem acolhida em nosso direito quando expressamente prevista em lei. Conforme a adequada lição de Venosa, *in verbis*: "*A responsabilidade emerge com o ato danoso das pessoas enumeradas. No entanto, os terceiros somente podem, em princípio, ser responsabilizados se o ato foi praticado por culpa do autor material do dano ou do autor direto, ao menos nas hipóteses em que estamos tratando*".

Como se percebe, de certa forma, Paulo de Bessa Antunes assume

uma postura inclinada para a teoria do risco criado, no momento em que aceita o fato de terceiro como forma de ruptura do nexo causal.

Conclui o referido autor, de forma sensata, que somente casuisticamente as diferentes hipóteses deverão ser examinadas, posto que é inconcebível uma construção de uma teoria geral, em vista das variadas possibilidades fáticas.

Outrossim, apontando como fundamental o estabelecimento do nexo de causalidade para se ter presente a responsabilidade (objetiva) civil ambiental, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo baixou a Súmula 18, com o seguinte teor:

> Sumula nº 18: Em matéria de dano ambiental, a Lei 6938/81 estabelece a responsabilidade objetiva, o que afasta a investigação e discussão da culpa, mas não se prescinde de nexo causal entre o dano havido e a ação ou omissão de quem cause o dano. Se o nexo não é estabelecido, é caso de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação. Fundamento: Embora em matéria de dano individual a Lei n. 6938/81 estabeleça a responsabilidade objetiva, com isso se elimina a investigação e a discussão da culpa do causador do dano, mas não se prescinde seja estabelecido o nexo causal entre o fato ocorrido e a ação ou omissão daquele a quem se pretenda responsabilizar pelo dano ocorrido (Art. 14 § 1º da Lei 6938/81; Pt. ns. 35.752/93 e 649/94). [grifei]

Não obstante essas considerações pertinentes, temos por mais correta a posição adotada por Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 145) e Luís Paulo Sirvinskas (2003, p. 105), que entendem que a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente é fundada no *risco integral*, teoria a qual não admite, como já visto, as excludentes do nexo causal. Cavalieri Filho (2008, p. 145) traz a seguinte justificação:

> Extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada no risco integral,

> conforme sustentado por Nélson Nery Jr. (*Justitia* 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior [ou ainda a culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro] como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei, a maior parte dos casos de poluição ambiental, como a destruição da fauna e da flora causada por carga tóxica de navios avariados em tempestades marítimas; rompimento de oleoduto em circunstâncias absolutamente imprevisíveis, poluindo lagoas, baías, praias e mar; contaminação de estradas e rios, atingindo vários municípios, provocada por acidentes imponderáveis de grandes veículos transportadores de material poluente e assim por diante. [grifei]

A jurisprudência pátria, do mesmo modo, se perfila a esse entendimento, consoante o julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito, no REsp 442586/SP, Min. Luiz Fux - Primeira Turma, DJU 24/02/2003, que também traz importantes conceitos para o presente trabalho, *in verbis*:

> **ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL.** 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

> 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade". 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa à administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e do Estado terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever *self-executing*, sem acesso à justiça, *quantum* indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. 6. *In casu*, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ. 5. Recurso improvido. [grifei]

No caso dos danos nucleares, dúvidas não pairam: a responsabilidade objetiva é realmente fundada na teoria do risco integral, em razão dos enormes riscos derivados da exploração da atividade nuclear. A Emenda Constitucional nº 49/2006 assim positivou tal responsabilidade:

> Art. 21. Compete à União: [...] XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. [grifei]

Com base nesse dispositivo, podemos afirmar, juntamente com Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 146), que o art. 8º da Lei nº 6.453/77, ao trazer situações de exclusão da responsabilidade do explorador da atividade nuclear, foi revogado, posto que a Constituição de 1988 não abre exceção alguma nesse sentido. Da mesma forma, não custa mencionar, estaria revogado o disposto no art. 9º da citada Lei, que impunha limites indenizatórios, em vista, principalmente, do art. 37, § 6º, CF/88.

À vista de todo o exposto, devemos ter em mente que essa responsabilidade civil ambiental não se limita, como erroneamente se poderia crer, a um dever jurídico de reparação do dano causado. Não. Como bem destaca Solange Teles da Silva (2005, p. 429), "[...] ela também deve ser vislumbrada como um dever ético de buscar evitar que esse dano venha a se configurar".

Ou seja, antes mesmo da reparação dos danos, a responsabilidade civil ambiental tem uma preocupação, no mesmo nível, com a prevenção dos acidentes, evitando-se, assim, o dano potencial. É justamente nesse contexto que se inserem, como forma de proteção e preservação do meio ambiente e de seus recursos, os princípios do direito ambiental, aferidos no art. 225 da CF/88: princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do poluidor-pagador (seja em caráter preventivo, onde o poluidor arca com todo e qualquer ônus para prevenir os danos ao meio ambiente que sua atividade possa ocasionar, seja em caráter repressivo, que se traduz na própria responsabilidade civil, em que o poluidor será responsável pela reparação dos danos ambientais ocasionados), princípio da prevenção (ou, ainda, princípio da precaução), princípio da participação (informação e educação) e princípio da ubiquidade, além de outras variações desses princípios apontadas por outros autores (FIORILLO, 2008, p. 26/55).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é um importante instrumento para repelir ações e omissões negativas ao meio ambiente e/ou a terceiros, principalmente nos dias de hoje, quando o foco maior se dá em razão da vítima e do dano por ela sofrido.

A responsabilidade objetiva no âmbito do direito ambiental, fundada, conforme entendemos, na teoria do risco integral, é, pois, um marco para a proteção do meio ambiente e de terceiros na esfera civil, já que por ela

algumas dificuldades jurídicas, como a determinação do responsável e de sua conduta culposa e a complexidade da relação de causalidade com o consequente dano, foram superadas à medida que: 1) não há que se provar a conduta culposa do agente; 2) se adota a solidariedade em matéria ambiental; 3) são prescindíveis as causas de exclusão do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior); e 4) o dever de indenizar está presente tão só em face do dano.

Essa adaptação da responsabilidade civil para o direito ambiental tem o objetivo maior de que esse ramo do direito exerça plenamente as suas funções de prevenção e reparação dos danos ocasionados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade do poluidor, preservando e defendendo esse meio para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade civil ambiental deve se fundamentar na incorporação dos custos socioambientais da atividade produtiva (socialização dos riscos) e no estímulo às atividades econômicas que sejam mais eficientes e menos destrutivas e com menores riscos de acidentes. "Mas, acima de tudo, a responsabilidade civil ambiental, em razão dos novos riscos presentes nas sociedades contemporâneas, pode ser enriquecida pelo princípio da precaução [...]" (SILVA, 2005, p. 461/462).

Registre-se, por ser pertinente, que uma das alternativas surgidas atualmente para a reparação desses danos ambientais é o chamado *seguro ambiental*, que, segundo Luís Paulo Sirvinskas (2003, p. 112), é "[...] um contrato de seguro realizado por atividade empresarial causadora de potencial degradação ambiental com a finalidade de diluir o risco por dano ambiental", tendência que, como bem aponta Paulo de Bessa Antunes (2000, p. 312, *apud* SIRVINSKAS, 2003, p. 112), pelo princípio da solidariedade, tem implicado a constituição de fundos de indenização, os quais tanto resolvem, de forma mais eficaz, o problema das vítimas dos danos ambientais quanto resultam num agir preventivo.

ENVIRONMENTAL LIABILITY

ABSTRACT: This study aims to examine the civil liability imposed in the sphere of environmental law, in the light of the Constitution and ordinary legislation, as well as case law country.

KEYWORDS: Civil Liability. Environmental Law.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Dano ambiental:* uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade Civil Ambiental In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri (SP): Manole, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EXECUTAR AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS POSICIONAMENTOS DO TJ/SE

Paulo Roberto Lima Santos*

RESUMO: Demonstra-se, neste trabalho, a Legitimidade do Ministério Público para executar as decisões dos Tribunais de Contas, justificando a medida pela existência de interesse público abrangido pela esfera de proteção do *parquet*. Destaca-se, ainda, o entendimento dos tribunais acerca do assunto, em especial, os posicionamentos do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

PALAVRAS-CHAVE: Parquet. Execução. Decisões dos TC's.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a temática da legitimidade do Ministério Público para executar as decisões do Tribunal de Contas.

Demonstrar-se-á que a instituição ministerial possui legitimidade (e sua hipótese) para promover a ação de execução das decisões das Cortes de Contas, vez que, mesmo se tratando o Erário de patrimônio público em sua acepção mais estrita (patrimônio financeiro), há um interesse público em sua gestão, estando, assim, abrangido pela esfera de proteção do *parquet*.

Destacou-se, ainda, os entendimentos dos tribunais acerca do assunto, em especial, os posicionamentos do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Para compreensão do tema, fez-se breves considerações acerca do Tribunal de Contas e a eficácia de suas decisões; do perfil institucional do Ministério Público e sua missão de defesa ao patrimônio público para, finalmente, analisar-se a hipótese da promoção da mencionada ação executiva pela instituição ministerial e o entendimento dos tribunais.

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT); Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; Ex-Técnico do Ministério Público do Estado de Sergipe.

2. O TRIBUNAL DE CONTAS E A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES

A República Federativa do Brasil, com o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988, passou a ser um Estado Democrático de Direito, e, tal como ocorre nos Estados com este caráter, têm como uma das suas principais características a possibilidade de controle dos atos de seus agentes.

Esta atividade de controle, doutrinariamente chamada *controle da administração pública*, incide sob várias áreas e aspectos, destacando-se o financeiro, orçamentário, de legalidade, entre outros.

Classicamente, distinguem-se duas espécies de controle: o interno e o externo. O primeiro diz respeito à manifestação da autotutela, ou seja, a própria administração, através dos órgãos que compõe o poder fiscalizado, realizam a atividade controlatória, ao contrário do segundo, onde a atividade de controle é exercida por órgão ou ente que não pertence ao poder controlado.

O Brasil, seguindo a tradição dos Estados latinos, adotou o sistema de Tribunal de Contas para a atividade de controle externo financeiro. É o que se depreende da leitura do art.71 da Constituição Federal, onde se observa que "o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União". Cumpre ressaltar que, por força do art.75 da Carta Magna, aplica-se às demais Cortes de Contas, no que couber, às disposições relativas ao Tribunal de Contas da União.

Pois bem, consiste o Tribunal de Contas, no Brasil, segundo Eduardo Lobo Botelho Gualazzi[1], em "órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentário, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional".

Adverte-se que o presente trabalho não faz estudo minucioso acerca deste importante órgão, limitando-se a trazer informações necessárias à compreensão do tema principal. Assim sendo, destaca-se uma das principais atribuições das Cortes de Contas relevantes à temática: a prevista no art.71, II da Constituição Federal, que elenca entre suas competências, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta,

incluídas as fundações e sociedades instituídas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Nessa hipótese, a competência para julgamento é privativa do Tribunal de Contas, sendo vedada a revisão da decisão pelo Poder Legislativo, cabendo, tão somente, o controle judicial de legalidade. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, donde transcreve-se trecho da ementa de julgado:

> (…) A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, I, CF/1988; 2) e *a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988. Precedentes. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo.* Precedentes. (ADI 3.715-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-5-2006, Plenário, *DJ* de 25-8-2006.) (Destacou-se)

Conforme lição de Monique Cheker[2], inclui-se nessa competência o julgamento das contas do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, de órgãos, fundos e empresas da administração pública direta e indireta - sociedades de economia mista, fundações, autarquias, ministérios e secretarias, dentre outros – e toda pessoa física ou jurídica que administre verbas públicas, incluindo as organizações sociais.

Sobre essa atribuição, cabe, ainda, observação feita por Valdecir Pascoal[3]:

> Há uma corrente da doutrina e uma corrente minoritária no âmbito do STF que possui o entendimento de que se o chefe do Executivo participar efetivamente do processamento da despesa pública – ora autorizando despesas, ora assinando empenhos e contratos, ora liquidando despesas e autorizando pagamentos – essa participação ativa e direta do Chefe do Executivo faz com que ele fique sujeito não só ao julgamento político do Legislativo, mas também ao julgamento técnico do Tribunal de Contas, nos termos do art.71, II da Lei Maior. Nesse caso, o TC, além de emitir parecer prévio, julgaria as contas do Chefe do Executivo definitivamente. Esta tese é encampada pela maioria dos Tribunais de Contas do Brasil, inclusive pelo Tribunal de Contas de Pernambuco. Esse julgamento se dá em relação às contas de Prefeitos, os quais, na maior parte dos Municípios, participam ativamente do processamento da despesa. Na União e nos Estados, os Chefes do Executivo não participam ativamente desse processo, que cabe aos ministros, secretários e diretores.

Pois bem, nos termos art.71, §3º da Constituição Federal, *as decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo*.

Sendo assim, no caso de imputação de multa ou débito feito pelo Tribunal de Contas, não precisará o ente-credor ingressar no Poder Judiciário com processo de conhecimento, vez que a decisão daquela Corte de Contas tem eficácia de título executivo, tornando, ainda, desnecessária a inscrição do débito na dívida ativa da administração.

Assim também entendeu o legislador constituinte sergipano, fazendo constar de forma expressa no art.68, §3º da Constituição local, *ad litteram*:

> Art.68. (Omissis)
> § 3º As decisões finais do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, independentemente de inscrição na dívida pública.

A propósito da eficácia das decisões, pertinente é a lição de Alexandre de Moraes[4]:

> O texto do §3º do art.71 não deixa dúvidas sobre a natureza jurídica das decisões do TC, nas hipóteses de imputação de débito e multa, possibilitando sua imediata execução.
> Analisando a presente norma, José Ferreira de Freitas, conselheiro do Tribunal de Contas do Mato Grosso, afirma que, (...) "Os decisórios do Tribunal de Contas quando julgarem em alcance, débito ou multa, equivalem a uma decisão Judiciária (Judicatura de Contas) – eficazes que são como incontestáveis títulos executivos (...)"

No que diz respeito à legitimidade para executar tais decisões, a Carta Magna ficou silente.

Não resta dúvidas que, o ente lesado possui essa legitimidade. Dúvidas subsistem em relação à outros entes, contudo, tais considerações serão feitas posteriormente.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

A Constituição Federal conceitua o Ministério Público como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Desse modo, o constituinte originário erigiu o Ministério Público à função de guardião dos valores mais caros de nossa sociedade e, para cumprir tal mister, optou àquele legislador por não subordinar o *parquet* aos poderes clássicos, sendo instituição autônoma e independente. A propósito, ensina o professor Carlos Augusto Alcântara Machado[5]:

> Não se desconhece que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05.10.1988, uma instituição foi reestruturada por completo: o Ministério Público.
> De órgão que gravitava junto ao Poder Judiciário

> ou ao Poder Executivo, passou a integrar o título constitucional 'Da organização dos Poderes' (Título IV), em seção de capítulo específico (Capítulo IV – Seção I), *sem guardar qualquer relação de dependência com os Poderes Estatais classicamente concebidos (Executivo, Legislativo e Judiciário)*. (sem destaques no original)

Entre as várias atribuições constitucionais da instituição ministerial, entendeu por bem o constituinte originário incluir a defesa do patrimônio público. Assim, nos termos do art.129, III da Lei Maior, é função institucional do Ministério Público, "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

A proteção do patrimônio público, a ser exercida pelo *parquet* deve ser concebida em seu sentido mais abrangente. Assim entende Paulo Gustavo Guedes Fontes[6], quando leciona que a defesa do patrimônio público feita pela instituição ministerial inclui não só "o patrimônio histórico e cultural, mas também e particularmente na sua acepção mais restrita de patrimônio econômico e financeiro".

Entretanto, parte da doutrina insurge-se contra a atuação do Ministério Público nesta área, quando a instituição maneja ações na defesa do patrimônio em sua acepção mais restrita. Razão não assiste a estes, pelos motivos que serão explanados em tópico próprio.

Cumpre, ainda, informar que existe um Ministério Público Especial que atua junto aos Tribunais de Contas, contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que este *parquet* especial está contido na estrutura da Corte de Contas, não se confundindo com o Ministério Público Comum (ADI 789, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/1994, DJ 19-12-1994).

4. HIPÓTESE DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EXECUTAR AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Chega-se ao ponto central deste trabalho. Estaria o *parquet* legitimado a executar as decisões das Cortes de Contas que imputam débito ou multa?

Para a solução de tormentoso questionamento, devem ser feitas algumas considerações.

A primeira delas é que, é indubitável que o ente federativo lesado é o primeiro legitimado para promover o ressarcimento ao seu patrimônio. Se o direito lesado, nessa hipótese, o patrimônio público em sua acepção estrita (o erário), é do ente federativo, *a priori*, o principal interessado no ressarcimento é ele, cabendo ao órgão da advocacia pública a ele ligado, promover a competente ação de execução com base no título executivo (a decisão da Corte de Contas).

Contudo, o que se vê no mundo fático é a inércia desses entes, em especial dos pequenos municípios, que muitas vezes, sequer, possuem uma procuradoria especializada. Outro fator, não menos importante, e que a maioria dos estudos deixa de analisar, é o fato de que, em muitos destes entes federativos, infelizmente, a função de "Procurador do Município" é ocupada por indivíduo nomeado em Cargo em Comissão, de livre nomeação e livre exoneração pelo Chefe do Executivo. Na hipótese de condenação, pela Corte de Contas, de determinado ordenador de despesa (v.g. um Secretário) ou correligionário da chefia do Executivo, caso o Procurador do Município promova a dita ação de execução, correrá o risco de perder seu cargo por razões *puramente políticas,* restando um prejuízo que não será ressarcido.

Outra consideração a ser feita é a de que nem o Tribunal de Contas, tampouco o Ministério Público que atua junto à Corte, podem promover a execução das decisões que imputam débito ou multa.

Originalmente, a Constituição do Estado de Sergipe previa, em seu art.68, inciso IX, que o Tribunal de Contas poderia executar suas próprias decisões que implicassem imputação de débito ou multa.

A questão chegou no Supremo Tribunal Federal por meio do RE 223037, ocasião que a Corte Suprema se posicionou pela inconstitucionalidade do art.68, IX, da Constituição do Estado de Sergipe, concluindo que nem o Tribunal de Contas, nem o Ministério Público Especial poderiam executar as decisões objeto da presente análise. O acórdão ficou assim ementado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem

> condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 223037, Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2002, DJ 02-08-2002)

O decisório acima transcrito apresentou, a título de fundamentação, o fato de que a Constituição Federal, no art.71, §3º, embora tenha conferido eficácia de título executivo às decisões do TCU, não outorgou àquela Corte de Contas legitimação para executá-las, e que, face ao princípio da simetria, não poderia a Constituição Estadual fazê-lo. Sustentou, ainda, o Pretório Excelso, que o Tribunal de Contas não tem personalidade jurídica distinta da do Estado-membro, não estando autorizado a atuar como substituto processual para propor ou contestar ações relacionadas aos seus julgados. Quanto ao Ministério Público Especial, este também não poderia por estar na intimidade estrutural da Corte de Contas (entendimento já mencionado em item anterior).

Contudo, o julgado não vedou expressamente o Ministério Público Ordinário (ou comum) de promover tal ação. Subsistem, assim, grandes divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Os que defendem a impossibilidade de o Ministério Público ingressar com as ações de execução com base no *decisum* do Tribunal de Contas

sustentam seu entendimento, basicamente, nos seguintes argumentos: o ente federativo é o credor e o ressarcimento do erário deve ser promovido pela procuradoria do ente através da ação de execução e que se o Ministério Público atuasse na defesa do erário, violaria o preceito constitucional da vedação da representação judicial das entidades públicas pela instituição. Alegam, ainda, que o interesse/direito nesse caso é de cunho meramente patrimonial, não legitimando intervenção ou qualquer iniciativa pelo *parquet*.

Esse é o entendimento de Hely Lopes Meirelles[7], do qual se transcreve trecho que sintetiza essa corrente de pensamento:

> Por fim, entendemos que a ação civil pública não deve ser utilizada para a pura e simples defesa do erário, o que não se coaduna com as suas finalidades sociais (…) Ademais, a Constituição de 1988 vedou expressamente que o Ministério Público atue como representante judicial ou consultor jurídico de entidades públicas (CF, art.129, IX).

Na jurisprudência, essa linha de pensamento fora adotada como parâmetro para o julgamento, entre outros, dos seguinte julgados:

> SUBSÍDIO DE VEREADOR PERCEBIDO A MAIOR, DE MANEIRA ILEGAL, SEGUNDO O TCMG - EXECUÇÃO PARA RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE DO "PARQUET". O Minitério Público não tem legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas exaradas em processo administrativo que apurou recebimento irregular de subsídios por agente político, pois a defesa do patrimônio público é efetivada por meio da ação civil pública, segundo dispõe o inciso III, do art. 129, do texto constitucional, cabendo à pessoa jurídica de direito público interno promover a cobrança do crédito, por constituir receita não tributária sua. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0461.05.026490-6/001 – Relator: Des. Wander Marotta, Julgamento em 13/02/2007, Publicação em 13/04/2007)

> EXECUÇÃO - DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Apelação Cível n° 1.0461.05.026209-0/001, Relator: Des. Brandão Teixeira, Julgamento em 04/11/2008, Publicação em 26/11/2008)

Em que pesem a sapiência do eminente jurista e as conclusões das respeitáveis decisões anteriormente mencionadas, esse não é o entendimento que vem prevalecendo, vez que, ele não está em consonância com o moderno direito, e, principalmente, com o perfil que a Constituição Federal deu ao Ministério Público.

Quanto ao argumento de que a ação de execução da decisão do Tribunal de Contas violaria o disposto no art.129, IX da CF, repele-se o mesmo com a elucidação dos institutos declinados no dispositivo constitucional.

A representação, como bem explica De Plácido e Silva[8], "é instituição, de que se derivam poderes, que investem uma pessoa de autoridade para praticar certos atos ou exercer certas funções, em *nome de alguém* ou em alguma coisa" (destacou-se).

Contudo, o Ministério Público quando da promoção da ação objeto de análise, age em nome próprio, na defesa do direito de outrem, "enquanto os procuradores das partes agem em nome de outrem, representando interesses de outrem" (Hugo Nigro Mazzilli *apud* Marcos Antônio da Silva Modes[9]).

Conclui Marcos Antônio da Silva Modes[10], em texto publicado na internet, que:

> A atuação supletiva e concorrente do Ministério Público em defesa do patrimônio público longe está de caracterizar a plenitude dos institutos da representação e consultoria das entidades públicas, pois estas abrangem todo o universo de poderes conferidos aos advogados em geral, na forma dos artigos 38 do CPC, e, antigo 5º, da Lei 8.906/94, atos presentes, pretéritos e futuros, orientação, consultoria e representação judicial e extrajudicial.

A outra tese contrária à legitimidade do *parquet*, é a de que o interesse/direito, no caso de ressarcimento é de cunho meramente patrimonial, não estando, portanto, o Ministério Público legitimado a intervir.

Conforme já fora dito, uma das funções institucionais do *parquet* é a defesa do patrimônio público. Deixou-se para esse ponto maiores considerações sobre o assunto.

Não obstante a clareza do texto constitucional, a legitimidade do Ministério Público para promover a defesa do patrimônio público, em sua acepção mais estrita, vem sendo contestada. Sobre a importância da atuação ministerial nessa área, informa Paulo Gustavo Guedes Fontes[11], que ela se deve a alguns fatores:

> Primeiramente, em função da corrupção, esse mal internacional ainda mais disseminado em tempos de globalização. Ela está lamentavelmente incrustada na vida administrativa brasileira.
> Deve-se considerar também a insuficiência da fiscalização realizada pelos tribunais de contas. Diferentemente da França, suas decisões não têm força jurisdicional e podem ser questionadas, com facilidade, perante juízes de primeiro grau, como qualquer ato administrativo. O seu controle mostra-se por vezes burocrático e pouco eficaz. Finalmente, a forma de provimento dos cargos de ministros e conselheiros é em parte política, com nomeações realizadas pelo Executivo e pelo Legislativo, o que pode diminuir a independência dos seus titulares.

Argumenta-se que o ressarcimento ao erário, por ser interesse financeiro, não estaria na esfera de defesa da instituição ministerial. Apesar de ser rotulado (com base na clássica distinção entre interesses públicos) como interesse público secundário, não deixa de ser ele um interesse público. Por ser um interesse público, mesmo que patrimonial, não é disponível a critério do administrador, como acontece com o direito patrimonial dos particulares. Assim entende Paulo Gustavo Guedes Fontes[12] (2006, p.107), quando afirma que a "liberdade do Estado na gestão de seus bens e recursos, mesmo dominiais, nunca é igual à dos particulares com relação ao seus próprios bens". Continua, citando Christian Lavialle, ensinando que "o *acte détachable* faz surgir a pessoa jurídica não mais

como proprietária, mas como representante dos interesses da coletividade dos habitantes, do público". Ou seja, há um interesse público na gestão do patrimônio financeiro do Estado. O citado autor conclui ser o erário um interesse difuso, legitimando a proteção pelo *parquet*[13].

Ainda sobre ser o erário interesse público a ser velado pelo Ministério Público, se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, veja-se trecho de julgado:

> (…) acentuou a eminente Subprocuradora–Geral da República Dra. Yedda de Lourde Pereira, "se o Estado tem principalmente ou unicamente interesses públicos, como se negar, *in casu*, a participação do Parquet, que tem a responsabilidade da defesa desses direitos? Nem se diga que preservar as finanças do Estado não seja de interesse público, pois são estas finanças que implementam os benefícios sociais e permitem a realização das atribuições e fins a que se propõe o Estado através dos Órgãos Públicos fracionados.
> E continua "quando o Parquet está defendendo o patrimônio do ente público, não está patrocinando causa da Municipalidade, mas a defesa do patrimônio que foi constituído pela sociedade e a ela pertence, em última análise, como coisa pública e de interesse público. E o interesse público, evidentemente, dá a legalidade ao Ministério Público para recorrer sempre que o patrimônio público estiver sendo lesado. (REsp 189027/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 11/05/1999, DJ 18/10/1999, p. 254)

Aquela Corte Superior, inclusive, editou a Súmula 329, fazendo constar em seu enunciado, que o "Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".

O Supremo Tribunal Federal também decidiu nesse sentido, transcreve-se ementa de julgado:

> CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.

> Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido.(RE 208790, Relator: Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2000, DJ 15-12-2000)

Demonstrou-se, que a defesa do erário pelo Ministério Público justifica-se, vez que, mesmo sendo um interesse de caráter financeiro, não é disponível como no caso dos particulares, existindo um interesse social (e difuso) na sua administração.

Acerca do manejo da ação executória pelo *parquet*, com base em título executivo emanado pelas Cortes de Contas, existe na legislação dispositivos que tratam do assunto de maneira expressa.

A nível federal, dispõe a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93):

> Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
> (...)
> VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;

No mesmo sentido da Lei 8.625/1993, a Lei Complementar Estadual nº 02 de 1990, que organiza o Ministério Público do Estado de Sergipe, dispôs, em seu art.51, inciso VIII, que consiste em função geral do Ministério Público "ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados pelo Tribunal de Contas".

Interessantes dispositivos encontram-se inseridos na Constituição do Estado da Paraíba, veja-se:

> Art.71. (Omissis)
> § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
> § 4º Se o Poder Público não promover a responsabilidade civil prevista no parágrafo anterior, deverá fazê-lo o Ministério Público, que também apurará a responsabilidade criminal da autoridade omissa.

Consagrou-se, naquela unidade da federação, a tese de que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária subsidiária para promover a ação de execução das decisões do Tribunal de Contas. Sendo assim, sempre que o Poder Público não promover a competente demanda executória, o Ministério Público o fará, além de apurar a responsabilidade da autoridade omissa. Acrescente-se, ainda, que existe súmula editada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado sobre o assunto, transcreve-se o enunciado:

> Súmula nº 40: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de execução, sempre que ocorrer inércia do Poder Público competente em fazer valer o comando do Tribunal de Contas do Estado.

Entre os autores, defendem a legitimidade da instituição ministerial para executar o comando das Cortes de Contas, Leonardo Barreto Moreira Alves e Marcelo Zenkner[14], quando comentam que:

> O Ministério Público, por sua vez, na forma do artigo 25, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.625/93, das respectivas leis orgânicas de cada Estado, e no exercício da missão constitucional de promover as medidas judiciais cabíveis para proteção do patrimônio público (CF, artigo 129, III), possui legitimidade para responsabilizar os gestores do dinheiro público a partir das decisões dos Tribunais e Conselhos de Contas que resultem imputação de débito ou multa. Para tanto, deve o Parquet utilizar obrigatoriamente a via executiva (…).

Na jurisprudência, há uma tendência, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, de se admitir o manejo da ação em comento pelo *parquet*, veja-se, entre outros, os seguintes julgados daquela Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.
> CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CONFIGURADA. FALHA DO SISTEMA ORDINÁRIO DE REPRESENTAÇÃO E DEFESA DO ERÁRIO. (PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE CERTAS IMPORTÂNCIAS VS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL RELATIVO ÀS MESMAS VERBAS.
> INEXISTÊNCIA DE TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL NO ÂMBITO DA ACP.) 1. Nos aclaratórios, sustenta a parte embargante que esta Corte Superior não examinou questão levantada em contra-razões no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para a propositura de execução de título executivo extrajudicial.
> 2. Com razão o embargante quando pontua a omissão do acórdão recorrido. No entanto, o suprimento da omissão não lhe importará benefícios.
> 3. É que pacificou-se na Primeira Seção desta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público tem legitimidade para promover execução de título executivo extrajudicial decorrente de decisão do Tribunal de Contas, ainda que em caráter excepcional - i.e., quando o sistema

de legitimação ordinária de defesa do erário falha (v. REsp 1.119.377/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, j. 26.8.2009).
4. No caso dos autos, o processo que levou à formação do título executivo é de 1996 e a presente execução foi ajuizada em 2002, o que faz concluir que está configurada a falha do representante e/ou do advogado público.
5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer que o Ministério Público possui legitimidade ativa *ad causam* na espécie.
(EDcl no REsp 1182185/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 18/11/2010, DJe 29/11/2010)

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - CERTIDÃO DE DÉBITO EMITIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS - MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE.
1. Pacificou-se na Primeira Seção desta Corte Superior, o entendimento segundo o qual o Ministério Público tem legitimidade para promover execução de título executivo extrajudicial decorrente de decisão do Tribunal de Contas, ainda que em caráter excepcional (v. REsp 1.119.377/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, j. 26.8.2009).
2. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 1189576/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado em 08/06/2010, DJe 18/06/2010)

EXECUÇÃO. TÍTULO ORIGINÁRIO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI Nº 8.625/93.
PRECEDENTE DO STF QUE NÃO SE APLICA À HIPÓTESE.
I - O Ministério Público tem legitimidade para

> a propositura de execução de título originário dos Tribunais de Contas, não se confundindo a hipótese com o precedente do STF invocado no aresto recorrido (RE nº 223.037-1/SE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 02.08.02), que cuidava de execução promovida pelo próprio Tribunal de Contas e, de forma hipotética, considerou o nobre relator que nem mesmo o Ministério Público que atuava junto àquele órgão, por não integrar o Ministério Público ordinário, poderia fazê-lo.
> II - Recurso provido.
> (REsp 996031/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, Julgado em 11/03/2008, DJe 28/04/2008)

Outros tribunais do país também vêm decidindo no mesmo sentido, destaca-se, a título de exemplificação, as seguintes decisões:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA PARA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO CONFIGURADA - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA CASSADA.
> A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), em seu artigo 5º, confere ao Ministério Público legitimidade para a interposição de toda e qualquer espécie de ação civil pública visando a defesa dos direitos difusos e coletivos, incluindo-se entre eles, o patrimônio público. (Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Apelação nº 110660/2009, Órgão julgador: Quarta Câmara Cível, Relatora: Desa. Clarice Claudino da Silva, Julgado em 09/03/2010).

> Agravo de instrumento – Ação civil pública executiva – Exceção de pré-executividade rejeitada – Legitimidade do Ministério Público para cobrar multa aplicada pelo Tribunal de

Contas do Estado – Proteção do patrimônio – Interesse público primário – Fraude à execução reconhecida após interposição do recurso – Pedido prejudicado – Alegações de não ocorrência de fraude à execução, impenhorabilidade do bem e parcialidade do Promotor de Justiça – Matérias cuja apreciação não cabe em sede de exceção de pré-executividade – Dilação probatória necessária – Negado provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 0082859-93.2011.8.26.0000, Relator: João Carlos Garcia, Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 14/09/2011)

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. TRIBUNAL DE CONTAS. DECISÃO QUE RECONHECE DÍVIDA OU ATRIBUI MULTA A EX-GESTOR PÚBLICO. EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE EXECUÇÃO. MEIO ADEQUADO À COBRANÇA DO VALOR DA DÍVIDA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

I — As decisões do Tribunal de Contas, que reconheçam dívida ou atribuam multa patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, têm eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF), sendo o Ministério Público parte legítima para propor a respectiva ação civil pública de execução (Súmula nº 11 da Egrégia Segunda Câmara Cível deste Tribunal).

II — O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública de execução de julgado do Tribunal de Contas, que reconheça dívida ou atribua multa, desde que ocorra desídia do Município, por seu gestor público, ou conflito de interesses entre o ente público e aquele que o administra.

III — Essa legitimidade, de caráter extraordinário, decorre das próprias funções institucionais cometidas ao Ministério Público pela Constituição

> Federal, que, dentre outras, o incumbe de buscar a realização do interesse público fundamental, protegendo o patrimônio público, quando lesado ou ameaçado de lesão por terceiros.
> IV — Apelação provida. (Tribunal de Justiça do Maranhão, Apelação nº 14.749/2011, nº do processo 147492011, Relator: Desembargador Marcelo Carvalho Silva, Revisor: Desembargador Raimundo Freire Cutrim, Julgado em 26/06/2011)

Assim, apresenta-se razoável e salutar, a solução apontada pelos paraibanos. Historicamente, como já fora mencionado, o Ministério Público integrou, por anos, o Poder Executivo, e as medidas que conferem maior independência à instituição ministerial deverão sempre prevalecer, não podendo o *parquet* voltar a realizar as funções de advocacia dos entes federados. Com isso, quer se dizer que o Ministério Público deverá executar o comando do Tribunal de Contas quando o Poder Público competente ficar inerte. Em verdade, o Ministério Público possui legitimidade extraordinária subsidiária para o manejo da ação em comento[15].

A partir da premissa levantada, surge outro questionamento: quando restará caracterizada a inércia do Poder Público apta a legitimar a propositura da ação executória pelo Ministério Público com base na decisão do Tribunal de Contas?

Para responder a pergunta, acata-se as sugestões apresentadas pelo Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão, Sandro Carvalho Lobato de Carvalho[16], avistáveis em precioso artigo publicado na internet, devendo o membro do *parquet* proceder da seguinte maneira, antes de promover a ação de execução:

> Oficiar ao Município e/ou ao Estado (dependendo do caso) para questioná-los sobre possível propositura de ação de execução baseada em determinado acórdão do TCE; (…) em sendo a resposta negativa, recomendar ao Município que execute a multa/débito em prazo razoável (máximo trinta dias), sob pena de ajuizamento de ação de improbidade contra o gestor omisso; (…) ante a falta de resposta do Município (...), verificar junto

> ao Fórum se há ou não ação de execução referente ao acórdão do TCE.

Acrescenta-se que, por vezes, tais diligências podem demorar a ser cumpridas, e, transcorrido lapso temporal razoável, donde possa se inferir que o ente lesado não promoverá a execução (sugere-se um prazo de três anos a contar da data da condenação/imputação do débito), poderá o Ministério Público promover a execução de imediato, sem a adoção das diligências mencionadas.

Prazo razoável também é avistável em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz assim se posicionou em seu voto na Apelação Cível nº 2010.081963-7:

> Certamente que decorridos mais de dois anos do trânsito em julgado da decisão administrativa, sem que o sistema de legitimação ordinário tenha demonstrado interesse em executar o título em questão, exsurge, desta forma, a legitimidade do Ministério Público para suprir a inquestionável falha daquele que originalmente detinha legitimidade para tanto.

Considerando o exposto, infere-se que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já avista-se que o tema será pacificado no sentido de se reconhecer a legitimidade do *parquet* para promover a ação em comento.

Nos vários tribunais do país, vê-se que alguns estão divididos, como ocorre no Tribunal de Justiça de Mato Grosso, onde encontrou-se, no banco de dados do site oficial, quatro decisões sobre o tema, duas reconhecendo a legitimidade (Apelações 110660/2009 e 110655/2009) e duas em sentido contrário (Apelação 29902/2000 e Agravo de Instrumento 33983/2000) ; outros vêm apontando pela ilegitimidade, como acontece no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde existe Incidente de Uniformização de Jurisprudência (Uniformização de Jurisprudência n° 1.0000.06.445598-3/000); e, finalmente, aqueles que vêm se posicionando pela legitimidade, como o Tribunal de Justiça da Paraíba, onde o tema já é pacífico (Súmula 40), conforme já registrado.

Contudo, a maioria dos posicionamentos é pela legitimidade do

Ministério Público para executar as decisões do Tribunal de Contas.

5. POSICIONAMENTOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE

Tratar-se-á, neste item, acerca dos posicionamentos que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe vem adotando quanto a hipótese do Ministério Público Estadual possuir legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas do Estado.

Registra-se que, a principal fonte de informações, para a confecção deste ponto, foi o banco de dados público do sistema virtual de consulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, localizado no site oficial daquela Corte (www.tjse.jus.br). Fora feita pesquisa minuciosa no referido banco de dados, contudo, além dos julgamentos que serão aqui mencionados, podem existir outros publicados nos instrumentos oficiais e que não foram disponibilizados no mencionado sistema de consulta.

Assim como ocorre na maioria dos tribunais pátrios, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, o tema da legitimidade do *parquet* para promover ação de execução com base em decisão da Corte de Contas local não está livre de controvérsias.

Ainda no primeiro grau de jurisdição, é possível deparar-se com calorosos debates entre os promotores de justiça, advogados e magistrados.

A título de exemplificação, relata-se o ocorrido no processo tombado sob o número 200763110114[17], que tramita na Comarca de Campo do Brito/SE – Distrito de Macambira, onde o Ministério Público de Sergipe ajuizou ação de execução com base em decisão do Tribunal de Contas. O Executado opôs embargos (tombados sob o número 200963100086), onde um dos argumentos lançados foi o de que o *parquet* era parte ilegítima para promover a execução. Citado para oferecer resposta, o Ministério Público, por sua representante, então atuante naquele Juízo, Fabiana Carvalho Viana França, aduziu que "pode-se verificar que o Ministério Público tem legitimidade para promover a execução do débito em favor da municipalidade, visto que tal atividade encontra-se inserida no âmbito da curadoria do patrimônio público".

O Juízo, acatando a tese formulada pelo *parquet*, julgou improcedentes os embargos. Irresignado, o embargante recorreu ao Tribunal de Justiça, que por seu turno, reafirmou a legitimidade do Ministério Público para

promover a execução da decisão da Corte de Contas. O acórdão ficou assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO - DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS - RESSARCIMENTO DE DANO CAUSADO AO ERÁRIO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTELIGÊNCIA DO ART. 129, III, DA CF/88 E ART. 25, VIII, DA LEI 8.625/93 (LEI ORGÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO) - PRECEDENTES - JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO -UNÂNIME. (Apelação Cível nº 3387/2010, Relator: Des. José Alves Neto, Julgado em 25/10/2010).

Outro interessante caso, ocorrido na primeira instância, é o constante no processo tombado sob o número 200962001225, que tramita na Comarca de Capela/SE.

O Ministério Público ajuizou ação de execução com base em decisão do Tribunal de Contas que imputou débito a ex-gestor municipal. Contudo, o magistrado, de ofício, extinguiu o feito sem resolução do mérito por entender existir carência de ação por ausência de legitimidade do *parquet* para promoção da demanda, bem como falta de interesse de agir por não estar o débito inscrito na dívida ativa (Sentença às fls.29/33 dos referidos autos).

Inconformado, o órgão ministerial, por intermédio do então Promotor de Justiça em Substituição, Henrique Ribeiro Cardoso, interpôs recurso de apelação (fls.34/37). Em suas razões, aduziu o membro do Ministério Público:

> Nobres julgadores, conforme dispõe o art.25, inc. VIII, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), *incumbe ao Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores de dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas*. O referido dispositivo legal,

> em verdade, segue o diapasão do art.129, inc.III, da Constituição Federal, que confere ao *parquet* a função de proteção do patrimônio público. Ora, a decisão proferida pela Corte de Contas condena o apelado a ressarcir um dano causado ao erário, logo, evidenciada está a legitimidade deste apelante para promover a execução do título formado pelo *decisum* daquele Tribunal, cumprindo, assim, sua função constitucional de proteger o patrimônio público.
> (...)
> Demonstrada a legitimidade ativa do Ministério Público no presente caso, passamos a evidenciar o interesse de agir.
> Às fls.32 da respeitável sentença, o nobre magistrado sustenta que a execução fiscal reserva-se para cobrança de dívida ativa devidamente inscrita e apurada, o que não ocorre no presente caso, carecendo a ação de interesse de agir na modalidade adequação. Ora, ilustres desembargadores, não é este nosso entendimento.
> Dispõe o art.71, §3º da Constituição Federal que "as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo", e, nos termos do art.75 da Carta Magna, aplica-se tal norma aos Tribunais de Contas dos Estados.
> Pois bem, na dicção do art.68, §3º da Constituição do Estado de Sergipe, "*as decisões finais do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, independentemente de inscrição na dívida pública*".
> (...)
> Sendo assim, fica afastado o argumento quanto à falta de interesse de agir. (Grifos constantes no original).

Ocorre que, tal processo não chegou na segunda instância, vez que, diante dos argumentos lançados pelo *parquet*, o sapiente magistrado exerceu juízo de retratação (fls.43/48), veja-se:

> Diante de todo o exposto, verifica-se que de fato assiste razão ao Parquet (...)
> Dessa forma, exerço o juízo de retratação previsto no art.296 do CPC e reformo a sentença impugnada contida às fls.29/33, via de consequência, determino que proceda-se a citação do requerido, expedindo-se novo mandado citatório, observando o disposto no despacho de fl.14.

No âmbito da segunda instância, nota-se que, os principais argumentos lançados, tanto pelos desembargadores que entendem pela legitimidade quanto pelos que defendem a tese diversa, são aqueles apontados no item anterior, de modo que, não será feita análise exaustiva dos mesmos nesse ponto, com fito de preservar a objetividade do trabalho. Far-se-á análise de argumentos ainda não mencionados.

Um dos novos argumentos apresentados pelos desembargadores que entendem padecer o *parquet* de legitimidade para promover a ação em estudo é o de que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não prevê a execução de forma expressa. Veja-se como se pronunciaram os magistrados da segunda instância:

> Outrossim, a Lei Orgânica do Ministério Público prevê, em seu artigo 25, VIII, a possibilidade do representante do Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas, mas nada fala na possibilidade de execução de tais multas pelos membros do Ministério Público. (Voto da Desa. Maria Aparecida Santos Gama da Silva na Apelação Cível 5067/2008).

Contudo, *permissa venia*, não acata-se esse entendimento, vez que, a Lei 8.625/1993, é clara quando utiliza o verbo *responsabilizar*. Semanticamente, responsabilizar, como conceitua Celso Pedro Luft[18], é "Atribuir ou imputar responsabilidade a alguém", e a responsabilidade, para o citado especialista da língua portuguesa, por seu turno, é a "Condição ou estado do que está sujeito a responder por certos atos e

sofrer-lhes as consequências"[19].

A execução da decisão do Tribunal de Contas que imputou multa ou débito ao gestor é também forma de responsabilização dele. A fundamentação de tal entendimento não termina no campo da semântica.

Na seara do Direito, assevera De Plácido e Silva[20] conceituando responsabilidade, que a mesma:

> (…) tem ampla significação, revela o dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de um contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são imputadas.
> Onde quer, portanto, que haja a obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.
> (…) A responsabilidade, desta maneira, tanto decorre da convenção como de norma ou regra jurídica, em face das quais a obrigação se exige ou o dever se impõe.

Ainda no campo jurídico, ensina Maria Helena Diniz[21], conceituando o instituto da Responsabilidade Civil, sendo esta:

> (…) a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Os conceitos apresentados são plenamente aplicáveis à hipótese, fazendo cair por terra a tese de que a execução não é forma de responsabilização do gestor condenado a ressarcir o erário por decisão das Cortes de Contas.

Outro argumento ainda não apresentado, e avistável nas Apelações

Cíveis 5067/2008 e 3704/2008, é o de que a instituição ministerial não consta no rol de legitimados da Lei 6830/1980.

Conforme se observa da própria lei, ela fora promulgada sob a vigência de outra Constituição e, como já analisado, a nova Carta Política erigiu o Ministério Público a efetivo guardião do patrimônio público, não subsistindo o argumento combatido.

Entre os desembargadores que se manifestaram pela legitimidade da instituição ministerial para promover a ação objeto de análise deste trabalho, não há novos argumentos além dos já apresentados em outras linhas.

Assim sendo, decidindo pela *legitimidade* do Ministério Público para executar as decisões do Tribunal de Contas, foram coletados os seguintes julgados: *Apelações Cíveis nº 1367/2007, 4237/2008, 4238/2008, 4747/2008, 4748/2008, 3387/2010, 1308/2004; e os Embargos Infringentes nº 003/1996.*

Pela *ilegitimidade* para a promoção da ação em comento: *Apelações Cíveis nº 5067/2008 e 3704/2008.*

Informa-se que, os casos destas duas últimas decisões chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, sendo que, em ambos, a Corte Superior decidiu pela legitimidade do Ministério Público para executar as decisões do Tribunal de Contas.

Quanto ao caso da Apelação 3704/2008, veja-se como ficou ementado o julgado da Primeira Turma, cuja relatoria coube ao então Ministro do STJ Luiz Fux, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal:

> PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTIDÃO DE DÉBITO EXPEDIDA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL.
> 1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de ação de execução de título extrajudicial oriundo de Tribunal de Contas Estadual. REsp 996031/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ de 28/04/2008 e Resp 678969/PB, PRIMEIRA TURMA, DJ 13/02/2006.
> 2. É que a decisão de Tribunal de Contas Estadual, que, impõe débito ou multa, possui eficácia de título

executivo, a teor do que dispõe o art. 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988.
3. *In casu*, o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, em sede de Processo Administrativo (TC 12.032), constatando irregularidades na compra de materiais de construção, para a recuperação de moradias de pessoas carentes do Município de Maruim-SE, ensejadoras de prejuízo ao Município de Maruim-SE, determinou a restituição dos mencionados valores à municipalidade *in foco*.
4. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, *caput*).
5. Destarte, a Lei 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa, prevendo que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público (artigo 17, § 4º), permitindo ao Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por Tribunais e Conselhos de Contas (artigo 25, VIII, da Lei 8.625/93).
6. Os arts. 129, III, da Constituição Federal de 1988, 6º, VII, "b", da LC 75/93, e 25, IV, "a" e "b", da Lei 8.625/93, admitem a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público, em ação civil pública.
7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Sergipe, para a propositura de execução de título originário de Tribunal de Contas Estadual. (Recurso Especial nº 1.109.433 - SE (2008/0280350-2), Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 28/04/2009, Publicação no DJE 27/05/2009).

No tocante ao caso da Apelação 5067/2008, confira-se a ementa da decisão da Segunda Turma:

> PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
> 1. O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ação de execução de título extrajudicial oriundo de Tribunal de Contas Estadual. Precedentes: AgRg no REsp 1166977/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 16.03.10; REsp 1119377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 04.09.09; REsp 922.702/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 27.05.09; Resp 842546/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 01.03.10; REsp 1159363/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 16.12.09; Ag 1124947/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 16.12.09; REsp 111916/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 03.11.09.
> 2. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1148663/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010).

Traz-se, ainda, decisões emanadas no âmbito do Tribunal de Justiça de Sergipe, onde o Ministério Público ingressou com a execução do título emanado pelo Tribunal de Contas e que chegaram à segunda instância por outros argumentos que não a suposta ilegitimidade ativa. Apresentam-se esses julgados pois, a legitimidade é questão de ordem pública, podendo ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício pelos julgadores. No entanto, não o fizeram os magistrados, reforçando ainda mais a tese de que o *parquet* está legitimado a executar o *decisum* da Corte de Contas. São os seguintes julgados: *Apelações Cíveis nº 3532/2008, 0765/2010; e o Agravo de Instrumento nº 1634/2009.*

Considerando os dados apresentados, vê-se que o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe é o de que o Ministério Público possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas.

6. CONCLUSÃO

O Ministério Público possui legitimidade extraordinária subsidiária para executar as decisões dos Tribunais de Contas, vez que, a Constituição

Federal lhe atribuiu a função de defesa do patrimônio público em sua acepção mais ampla. As decisões das Cortes de Contas têm, por força constitucional, eficácia de título executivo e sua execução possui nítido caráter de ressarcimento ao erário e, ante a inércia do Poder Público competente, o *parquet*, em defesa do patrimônio público poderá ingressar com a ação executória, podendo ainda promover a responsabilização criminal e administrativa do executado quando for o caso. Nos tribunais, o tema não é pacífico, contudo, o entendimento que vem prevalecendo é o de que possui a instituição ministerial legitimidade para a promoção da execução do *decisum* das Cortes de Contas (posicionamento que também é majoritário no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe).

—

LEGITIMITY OF THE PUBLIC MINISTERY TO PERFORM THE DECISIONS OF THE ACCOUNT COURTS AND THE POSITIONING OF THE TJ/SE

ABSTRACT: This demonstrates, the legitimacy of the Public Prosecutor's Office to carry out the decisions of the Courts of Auditors, justifying the measure by the existence of public interest covered by *parquet* protection sphere. Highlights also the understanding of the courts about the subject, in particular, the positions of the Court of Appeals of the State of Sergipe.

KEYWORDS: Parquet. Execution. Decisions of TC's.

Notas

[1] GUALAZZI, Eduardo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.187.
[2] CHEKER, Monique. *Ministério público junto ao tribunal de contas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p.73.
[3] PASCOAL, Valdecir. *Direito financeiro e controle externo*: teoria, jurisprudência e 370 questões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 162.
[4] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.1197-1198.
[5] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Anotações sobre o perfil constitucional do Ministério Público*. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (organizador). Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico: em homenagem à Profª Magnólia Guerra. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.89.
[6] FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo ministério público.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.105-106.
[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31ª ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008, p.168.

[8] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.704.
[9] MODES, Marcos Antônio da Silva. *As decisões dos tribunais de contas e o ministério público*. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/tc/artigosoutros/ao2.html> Acesso em 28 de março de 2012.
[10] Idem.
[11] FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Op. cit*. p.110.
[12] *Op. cit.* p. 107.
[13] Idem.
[14] ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ZENKNER, Marcelo. *Ministério público: lei 8.625/1993.* 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 108.
[15] Sobre o posicionamento aqui adotado, recomenda-se, ainda, por sua clareza e didática, a leitura do Voto do Ministro Humberto Martins no REsp 1.119.377/SP (STJ).
[16] CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *A legitimidade do ministério público para a execução das multas impostas pelo tribunal de contas estadual*: o posicionamento jurisprudencial. Disponível em: <http://josemarcio.com/a-legitimidade-do-ministerio-publico-para-a-execucao-das-multas-impostas-pelo-tribunal-de-contas-estadual-o-posicionamento-jurisprudencial/> Acesso em: 27 de setembro de 2011
[17] Informa-se que peças processuais referidas neste exemplo podem ser conferidas, em seu inteiro teor, no campo de consulta processual do site do Tribunal de Justiça de Sergipe, bastando preencher, no campo específico, o número do processo.
[18] LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft.* 20ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p.575.
[19] Idem.
[20] *Op. cit*. p.713.
[21] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 7*: responsabilidade civil. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ZENKNER, Marcelo. *Ministério público: lei nº 8.625/1993.* 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *A legitimidade do ministério público para a execução das multas impostas pelo tribunal de contas estadual: o posicionamento jurisprudencial.* Disponível em: <http://josemarcio.com/a-legitimidade-do-ministerio-publico-para-a-execucao-das-multas-impostas-pelo-tribunal-de-contas-estadual-o-posicionamento-jurisprudencial/> Acesso em: 27 de setembro de 2011
CHEKER, Monique. *Ministério público junto ao tribunal de contas.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil.* 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo ministério público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de*

contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft.* 20ª ed. São Paulo: Ática, 2002.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Anotações sobre o perfil constitucional do Ministério Público. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (organizador). *Estudos de direito constitucional e urbanístico: em homenagem à Profª Magnólia Guerra.* São Paulo: RCS Editora, 2007.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança.* 31ª ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.
MODES, Marcos Antônio da Silva. *As decisões dos tribunais de contas e o ministério público*. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/tc/artigosoutros/ao2.html> Acesso em 23 de setembro de 2011.
MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
PASCOAL, Valdecir. *Direito financeiro e controle externo*: teoria, jurisprudência e 370 questões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* 15ª ed., atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ALIENAÇÃO PARENTAL - A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO RELACIONADO AO COMPORTAMENTO HUMANO

Silvia França de Souza Morelli*

RESUMO: Objetiva-se com esse trabalho escrever acerca da Alienação Parental, arguindo os seus pontos e reflexos incidentes nas relações do núcleo familiar. Com isso, traz a lume, a priori, a tese proposta por Gareth B. Matthews, em **Filosofia da Infância da Universidade de Massachusetts**, "entre as letras e o afeto, a importância do conhecimento relacionado ao comportamento humano, onde o pesquisador afirmou não existir motivos para crer que o crescimento dentro de uma determinada maneira normalizada, não produz condições para que as crianças e adolescentes atinjam um nível apropriado de maturidade, a fim de que lidem com questões filosóficas". Bem como, a análise dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, enquanto sujeitos de direitos determinados na Constituição Federal de 1988, a qual inseriu em seu texto a Doutrina da Proteção Integral. Analisa o novel diploma legal.

PALAVRAS–CHAVES: Direitos fundamentais. Comportamento humano. Maturidade. Alienação parental.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo científico tenciona estabelecer um parâmetro de ideação lógica, acerca do que representa a Alienação Parental, e os efeitos espargidos no núcleo familiar. Conquanto, para tanto, agrega também os conhecimentos da Filosofia, da Psiquiatria, através da Interdisciplinaridade, vez que, não cabe ao Direito a tarefa de explicar a origem de todos os fenômenos sociais, mas, sim à subsunção do fato a norma.

Portanto, partindo de um pressuposto científico, iniciaremos esse trabalho, através dos estudos realizados do professor de Psiquiatria

* Advogada. Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fase.

da Faculdade de Medicina da Universidade de Columbia, Richard A. Gardner, que de forma visionária e científica, desenvolveu seus estudos, no afã de explicar , esse fenômeno sócio-familiar, denominado por ele como: Síndrome da Alienação Parental (SAP), possibilitando a todos interessados, um ponto de partida, para compreender, o que seja Alienação Parental representada na ordem jurídica brasileira.

Abordará também a violação direta dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, explicando a aplicação da Doutrina da Proteção Integral, recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

2. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) advém de um transtorno da personalidade que afeta as crianças e os adolescentes, em razão de seus genitores estarem envolvidos em desgastante litígio judicial acerca da guarda dos mesmos.

Essa expressão foi criada por Richard A. Gardner, professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina da Universidade de Columbia, em NW (EUA) e explica o mesmo "que é um distúrbio que surge quando há disputa de custódia de crianças, entre os genitores, se revelando por uma campanha denegritória efetivada na criança sem justificação alguma, orientada pelo seu outro genitor. Infalivelmente, apresenta-se como uma lavagem cerebral impingida na criança para destruir completamente a capacidade afetiva que esta venha a ter com o genitor alvo".

A referida expressão não foi muito bem aceita, recebendo críticas de outros autores, que preferiram batizá-la como Alienação Parental (AP), todavia, Richard Gardner, defendeu a mantença da expressão, alegando que a Alienação Parental é gênero do qual a Síndrome de Alienação Parental é tipo, ou seja, a alienação parental pode se apresentar de diversas formas, conforme se empreenda o alienante que procura denegrir a imagem do outro.

Por essa razão simplória, uma criança pode ser alienada de um pai por conta do abuso parental, físico, emocional ou sexual.

O autor sabe que o termo síndrome não foi muito bem aceito pelo mundo jurídico, vez que, para aqueles, o termo síndrome por possuir um

significado específico, não se enquadra na realidade vivenciada advinda de uma disputa conflituosa acerca da guarda.

Assim, esclareceu-se que uma síndrome pela definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos, e caracterizadores de uma doença específica.

Ainda assim, o termo síndrome é mais específico do que o termo relacionado à doença.

A Síndrome de Alienação Parental é o produto da ingerência de um dos genitores (guardião) que busca incutir no íntimo da criança, a depreciação contra o outro genitor (normalmente o não guardião).

2.1 O ATINGIMENTO DA IDADE ADULTA

Gareth B. Matthews, pesquisador em Filosofia da Infância da Universidade de Massachusetts, entre "As letras e o afeto', buscou através da metáfora de um estudo empreendido, no texto entre as letras e o afeto, (trata da síndrome de alienação parental) importância do conhecimento relacionado ao comportamento humano, no qual o pesquisador afirmou não haver motivos para crer que o crescimento dentro de uma determinada maneira normalizada, não produz condições para que as crianças e adolescentes atinjam um nível apropriado de maturidade fim de que lidem com questões filosóficas.

A tese continua sendo defendida, arguindo que o atingimento da idade adulta sadiamente não atribui aos pais, um nível apropriado de maturidade para lidar com as questões afetivas, razão pela qual, conforme o texto é imprescindível que o ser humano exista e ao mesmo tempo pense, contribuindo – se desta feita para a existência do mundo, sob pena, de suas ações serem inócuas, ou seja, para ser afetuoso em suas relações, não é suficiente, nem é saudável , somente pensar em fazer o bem; porque pensar o afeto é vivenciá-lo.

Assim, se for preciso bem ordenar as letras para compreender o mundo, também é preciso ordenar os afetos para lidar com as relações familiares. A confusão em que se encontra o mundo demonstra a ausência completa de maturidade para lidar com as questões filosóficas.

De outra banda, o enfrentamento desordenado das novas realidades relacionais ao âmbito familiar sinaliza para incipiente maturidade de resolver as questões afetivas.

O autor ainda assim assevera que a depender do grau de obnubilamento de seus sentimentos, a criança não consegue perceber a fragilidade de seus argumentos.

Portanto, para se constatar a existência da síndrome de alienação parental, num núcleo familiar, é imperioso a análise de se ter havido anteriormente uma situação patológica mal resolvida com sentimentos negativos de índoles diversas, naquele ambiente em que estiver inserida a criança.

3. OS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos representam um conjunto de direitos inerentes à dignidade humana, conjunto de direitos reputados imprescindíveis para que se concretize a dignidade das pessoas.

A expressão "Direitos Humanos" é utilizada para se referir a direitos universalmente aceitos, positivados na ordem internacional, ao revés, se emprega o termo " Direitos fundamentais" para se referir a direitos positivados na ordem interna do Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II - utiliza expressamente: "direitos fundamentais", ao passo que os direitos decorrentes dos tratados internacionais são por ela denominados de " direitos humanos".

No mesmo sentido, Constituições estrangeiras se reportam aos direitos fundamentais, e os documentos internacionais se referem aos direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, que é o documento fonte da matéria dos direitos humanos.

Apesar da variação de plano de positivação não há, em verdade, diferença de conteúdo entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, eis que os direitos são os mesmos. Em exemplo, o direito à saúde previsto na Constituição Brasileira é o mesmo Direito à saúde previsto em Convenção da ONU e na Convenção da OEA, e assim também em relação aos outros Direitos.

Logo, pode-se afirmar que os Direitos fundamentais são os Direitos humanos que estão positivados na ordem jurídica interna do Estado.

A Declaração dos Direitos Humanos (DUDH), ou *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), elaborada em 1948, como consequência do pós-II Guerra Mundial, é o principal instrumento do sistema global de **Direitos Humanos.**

"Nesse sentido, para Hesse, "...**os Direitos Fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana**". Entretanto, reforça que " a liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa, isto é a liberdade referida pelo autor, é aquela que pressupõe seres humanos livres para determinar suas próprias escolhas. Hesse ainda afirma que os direitos fundamentais possuem um duplo caráter de significação, ou seja, "**garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal**".

Para Alexy, as normas de direitos fundamentais de um sistema jurídico são compostas por dois fatores: a sua fundamentalidade formal e sua fundamentalidade substancial. Em linhas rasas, a fundamentalidade formal de uma norma de direito fundamental "(...) **decorre do ápice da estrutura jurídica escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário (...)**" bem como a fundamentalidade substancial dos direitos fundamentais – que se soma a fundamentalidade de formal – diz com as "decisões sobre a natureza normativa básica do Estado e da sociedade". O autor considera que com a união de ambas as teses, da fundamentalidade formal e da fundamentalidade substancial, pode-se afirmar que "as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central jurídico".

A declaração inovou substantivamente a maneira de conceber os Direitos humanos no mundo, pois universalizou a proteção ao ser humano, coisa que antes não existia no cenário mundial.

A partir dela, a proteção aos seres humanos deve ser compreendida a partir da mera condição humana, sem qualquer condicionante, sem qualquer discriminação (a ideia de ser humano universal) pelo simples fato de possuírem dignidade humana, que é o fundamento mais dos direitos humanos e da própria Declaração.

Bem, em razão disso, a Declaração de Direitos Humanos pode ser considerada não apenas um documento pertencente ao sistema global, mas o documento fonte matriz de todos os sistemas de direitos humanos.

3.1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Logo, na digressão da análise, percebe-se que as crianças e os

adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais, bem como dos Direitos Humanos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1989, promulgada na ordem interna brasileira pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990 – instituiu o **Comitê para os Direitos das Crianças** e previu, apenas mecanismos de relatórios.

No âmbito da proteção à criança há também o Protocolo Facultativo referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil.

O Direito da Criança e do Adolescente foi introduzido pela CF/1988, em seus artigos 226, 227, consolidado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/1990.

O mesmo se funda na Doutrina da Proteção Integral, que considera serem as crianças e os adolescentes sujeitos de direitos, pessoas em desenvolvimento, fazendo jus a uma proteção absoluta.

Através dessa Doutrina de Proteção Integral, explica que a criança e o adolescente não se encontram numa situação irregular, mas, sobremaneiramente, estão em situação irregular a família, a comunidade, a sociedade, e o Estado, por se omitirem na proteção e cuidado, que deve ser deferido a esses seres hipossuficientes Ou seja, se há várias crianças e adolescentes em estado de mendicância nas ruas, embaixo de marquises, postos à margem da sociedade, não podem ser classificados numa situação irregular. Todavia, irregular se encontra, a família, a comunidade e o Estado que não fizeram nada para evitar tal desalento social.

Ademais, sabe-se que há a existência de uma característica diferenciadora, conectada ao raciocínio de intelecção e aplicação dos direitos às crianças e aos adolescentes, qual seja, que eles possuem os mesmos direitos deferidos aos adultos, ex: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à saúde, e, possuem direitos específicos, assegurados somente a eles: como, o direito ao não trabalho, para aqueles que sejam menores de 16 anos de idade.

Nesse diapasão, deve-se concretizar totalmente, a proteção integral, determinada pelo ordenamento jurídico, sobre o prisma da prioridade absoluta, realizada, em conjunto, pela família, comunidade, sociedade e Estado.

Faz-se necessário, observar o Superior Interesse da Criança (conforme entendimento do STJ) nas decisões oriundas do universo infantil. Esse

Superior Interesse da Criança determina que na tomada de qualquer decisão, deve ser alcançado o melhor interesse para a criança, indicado no **artigo 3º da Convenção dos Direitos da Criança. (Luciano ROSATO)**

O não atendimento dessa prioridade absoluta, negando a devida proteção legal oriunda dessa interpretação sistemática gera obstáculos na ordem jurídica, desarticulando todo o sistema.

Assim, todos os direitos serão violentados, e não haverá paradigma diferenciador que as proteja e permita o seu crescimento desenvolvimento num ambiente sadio e familiar.

3.2. A FAMÍLIA

A família é um grupo social básico, um lócus, onde o ser humano nasce inserido para desenvolver a sua personalidade. Com isso, a concepção de família, modifica-se, para explicar o avanço do fato social. Ou seja, ela, hoje, não é somente gerada pelo fator biológico, e sim pelo cultural. Isto, porque, o que interessa para se constituir um núcleo familiar é a sua cultura, a sua formação, introduzindo nessa digressão a sublime importância do afeto nas relações formadoras da família.

Diante desse novo elemento formador dos núcleos familiares, (o afeto) percebe-se o caráter nitidamente instrumental incorporado, razão pela qual, falar de uma concepção instrumental de família ensina que a família não se constituiu, por um modelo tradicional e retórico, redigido no início do século passado. Hoje, ela se apresenta para uma finalidade, para um fim em si mesma. Não como um meio, ou um instrumento para que o ser humano desenvolva sua personalidade, mas, também para proteger todos aqueles que se unirem e criarem um núcleo familiar.

(Ronsevald, 2010) Cristiano Chaves. Ninguém necessariamente tem uma família! A família não é obrigatória para que as pessoas vivam na sociedade. Os indivíduos nascem na família a fim de desenvolverem sua personalidade.

O que se busca agora é uma **CONCEPÇÃO EUDEMONISTA** significando que a família é um instrumento para a consecução da felicidade das pessoas**.** É a busca da felicidade, portanto, logicamente, só se pode falar numa concepção Eudemonista de Família, dentro do caráter instrumental, assim o núcleo familiar se volta para a busca tão somente da felicidade de todos os seres humanos. (Cristiano Chaves).

5. A ALIENAÇÃO PARENTAL E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em razão disso, a Alienação Parental afeta, *prima facie*, essa concepção Eudemonista, essa busca da felicidade, violando o direito a uma convivência familiar sadia e harmoniosa, por meio de atos, que exteriorizem violência, física e psicológica.

Essas atitudes originam-se dos desejos egoísticos dos genitores, responsáveis pela edificação e estruturação do núcleo, que por melhor que sejam as suas intenções, negam absolutamente, a fruição de todos os direitos deferidos a sua vítima infantil. Neste aspecto, as crianças e os adolescentes começarão a serem atingidos pelos primeiros efeitos da síndrome de alienação.

Aos genitores, cabe prioritariamente, diante da condição natural e legal, a criação e educação dos seus filhos, cuidando não somente em assegurar-lhe uma casa para morar, cobrir-lhe com roupas e alimentos, fornecer-lhe escola e remédios, não.

Até porque, pela lógica do continuísmo, havendo o desfazimento de um núcleo familiar por quaisquer razões, os cuidados, e afeição devem continuar sendo ministrados, não devendo haver qualquer interrupção, em razão delas, as crianças e os adolescentes demandarem muito mais atenção, de forma contínua e plena de seus pais e dos outros membros da família que modificada se apresenta necessitando de muito afeto e compreensão empreendidos, no mesmo grau que recebiam quando os seus pais viviam juntos, sob pena de se manifestar a Síndrome de Alienação Parental.

Em razão disto, Gardner arrola um conjunto de sintomas os quais ele afirma em sua tese configurarem o SAP, tais como: **ausência de ambivalência de sentimentos, campanha denegritória contra o genitor alienado e da família, amigos do próprio; racionalizações frívolas, a independência prematura acerca sobre si, ou seja, o fenômeno do pensador independente**.

E, explica que tais sintomas, são verificados quando um dos genitores tentando denegrir a imagem do outro, instaura na criança uma falsa percepção da realidade, donde a criança externa as suas convicções acerca do genitor alienado, mas, por outro lado, não saberia explicar, as reais razões para querer alienar o seu pai ou a sua mãe, neste ínterim, pela

tese tem-se o exemplo das racionalizações fracas, por falta de coerência.

O autor ainda assim assevera que a depender do grau de obnubilamento dos sentimentos, a criança não consegue perceber a fragilidade de seus argumentos. Ela possui ambivalência de sentimentos, ou seja, mantém uma margem contínua de vibrações negativas contra o cônjuge alienado, como também, não possui remorso, por não conseguir perceber a gravidade ante a gravidade das insinuações impostas ao genitor alienado.

Então, estampado está o quadro negativo em que viva a criança ou adolescente, quando uma família se desconstitui, porque os seus genitores não tem mais condições de perpetuarem a vida em comum, e um deles não consegue conviver com essa nova realidade, não tendo condições de gerir adultamente o seu afeto de forma a não prejudicar nem o seu filho ou filha, como também o seu ex-companheiro.

A tese defendida pelo autor é catedrática em declarar a importância de compreensão de um problema, hoje vivenciado por grande parte das famílias de um modo geral. A Síndrome de Alienação Parental (SAP), a sua manifestação, suas características, e os seus efeitos, bem como, a necessidade imperiosa de afastamento do alienante do convívio com a criança evitando o fim egoístico de ter a criança para si.

O detentor da guarda quando destrói a relação do filho como o outro assume o controle total, tornando inseparável do mesmo, criando-se uma dependência, sob um efeito vampirizador, donde a criança ou o adolescente não compreende os malefícios empreendidos contra a sua pessoa, transformando-se num adolescente inseguro de sua identidade, de seu afeto, o que posteriormente o resumirá num adulto mal resolvido com a sua vida.

Assim sendo, a complexidade empreendida no presente texto é de suma importância, dada a relevância do tema abraçado voltado para a emblemática das relações familiares, no que atine à questão da Síndrome de Alienação Parental (SAP), oportunizando uma reflexão acerca da necessidade de atuação conjunta da sociedade, Estado e família visando à prevenção e coibição de situações anormais que possam se originar numa família.

Na tentativa de se coibir essa prática famigerada contra as crianças e/ou adolescentes, criou-se a Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010) objetivando impedir que o menor não sofra restrição ao contato com a sua família, essa que é de suma importância para o desenvolvimento

psíquico de sua personalidade.

Conforme a dicção do artigo 2º da Lei nº 12.310/2010, poderá ter como sujeitos alienadores: o pai, a mãe, os avós ou aqueles que tenham a criança sob a sua autoridade, por meio da tutela ou guarda.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, acerca do tema (Alienação Parental) percebe-se que não há um conjunto de pessoas que podem ser apontadas como futuros alienadores, ou outras que nunca a cometerão. Isso, porque a Alienação parental, ou seja, a violência impinginda contra os seus filhos, não mostra sinais de alerta, ela apenas acontece. Não há como eleger um critério separativista, no que toca a este assunto. O importante é a observação do comportamento humano do genitor, o qual definirá quem será ou não um alienador no futuro. De acordo, com o estudo desenvolvido pelo professor de psiquiatria, o problema não surge, em determinados casos, mas sim, para todas as pessoas que não foram felizes em sua criação.

O ser humano necessita entender e viver o universo (uni- verso: união dos opostos) harmoniosamente, relacionando-se e aprendendo a lidar com os seus sentimentos e afetos. Sob, o prisma do conhecimento, avançará cautelosamente e respeitará o direito de terceiro, receando, ferir-se a si próprio.

Há uma severa importância no que pertine ao conhecimento relacionado ao comportamento humano, no qual o pesquisador assentou a sua tese, pois que, não há razões para creditar que o fato de uma família ter fincado suas bases, num modelo socialmente idealizado, tornam estas ou aquelas pessoas impecáveis para a prática de tal ato.

A verdade é que a Sindrome de Alienação Parental é muito mais fato social do que propriamente jurídica, é muito mais substância humana, gritando as suas dores e interagindo, a fundamentos normativos enfeixados. O comportamento humano, as relações familiares, as questões afetivas definem o esteio do lar, e, propiciam a origem dos próximos adultos que lidarão com os outros seres igualmente.

O adulto que pratica a Alienação Parental contra os seus filhos, desde já, afirma não possuir nível de maturidade suficientemente capaz, para transpor com compreensão a realidade de uma briga judicial, sem o envolvimento dos mesmos. Não é ele, afetuoso em suas relações,

porque, nunca lidou sadiamente com isso. Não há compreensão acerca do problema.

O doar afeto é incondicional, subjetivamente pessoal, advém de uma educação embasada em tranquilidade, conectada na aprendizagem humana, na tenra idade. Não se aprende a escrever diretamente sem atravessar as garatujas, não se pode andar, sem engatinhar, assim não se pode doar afeto quem nunca o teve.

A não vivência do afeto dia a dia, a não educação, e centralização do raciocínio, impede a visualização da formação do problema, e isso leva a um rio de incertezas, e o encontro de todos os tipos de violências, desarticulando a proteção especial deferida a esses seres pelo ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, a própria família é ameaçada pela síndrome de alienação parental, já instaurada, alimentada por um alienador, que seja, (pai ou mãe) desenvolve um comportamento doentio, tentando de toda forma denegrir a imagem do outro genitor, para que o menor passe a repudiá-lo.

A criança e/ou o adolescente, a depender do caso em tela, tornam-se um objeto de um jogo pessoal, e não conseguem expressar-se claramente, acerca do problema, demonstrando a sua total fragilidade.

Não há como falar em direitos fundamentais, esses são os primeiros a deixarem o lar, na primeira oportunidade de violência manifestada.

Espera-se que a lei da Alienação Parental, somada, aos princípios constitucionais, tais como: vida, saúde, liberdade, isonomia, felicidade, paternidade responsável, consigam tutelar a criança e o adolescente, mantendo-os íntegros, para respeitar o seu melhor interesse através de um crescimento harmonioso, numa família feliz.

PARENTAL ALIENATION - THE IMPORTANCE OF KNOWLEDGE RELATED TO HUMAN BEHAVIOR

ABSTRACT: This paper intends at analyzing the fundamental rights and adolescent to family coexistent, to the heath (mental) and respect, and the principles of protection of childhood and adolescence responsibility paternity, of the absolute priority and the best interest of the child.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Principles of protection of childhood

and adolescence. Parental alienation.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Rafael.*Direitos humanos*. Coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 2ª ed.: Editora JusPódium.
Direito das Famílias. Homenagem a Rodrigo da Cunha Ferreira. Organizadora: Maria Berenice Dias. In Revista-IBDFAM- Editora Revista dos Tribunais.
FARIAS, Cristiano Chaves: ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto 22 anos de existência*. www.atualidadesdodireito,com.br/lucianorossato.

"PERDOE-ME, PAI, PORQUE PEQUEI" – SOBRE A MENORIDADE PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Fábio Araújo de Carvalho Silva*

É incompreensível a mim, Sociedade (pelo menos uma parcela), ver se esvaziar esperanças conduzidas por princípios morais, ética, equidade e justiça, os quais perduraram por décadas buscando aperfeiçoar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em relação a uma pequena parte da população, os considerados "futuro de amanhã", ou seja, as crianças e adolescentes deste país.

Durante mais de duas décadas "prendi", "bati", "admoestei-os", mas os "meninos" não tiveram solução. Será que fiz a coisa certa? Não é isso, pelo menos, que a "mídia das massas" brasileira demonstra.

Duros ataques a mim continuaram sendo perpetrados e a paz social se vê em tensa e constante ameaça pelas crianças e adolescentes que não assimilaram as regras da Ordem Pública e ainda hoje não continuam assimilando.

O que fiz, "pai"? Peço desculpas?

O meu Eu sabe que a realidade não é somente conduzida por princípios e "figurinhas de ornamentação", mas pelos fatos duros e, em alguns casos, extremos, que assolam a vida de famílias inteiras, "derrubam lares" e fazem de mim, Sociedade, parecer mais um Cavaleiro Templário[1], que se encontra entre a cruz e a espada.

Por isso, preciso reprimir ainda mais tais condutas infratoras, preciso arranjar desculpas visíveis para "endurecer o Sistema", não contra mim mesmo ou minhas falhas provenientes de "efeitos colaterais", é claro, mas contra a minoria marginalizada de sempre, os "meninos", aqueles mesmos que não atendi com satisfação e sequer compreendi os motivos de suas insatisfações.

Não faço uma análise mais profunda sobre a razão e o porquê de tantos distúrbios e anomalias que acontecem dentro da minha própria existência e dos modelos de vida-padrão que adoto. Pior, quando faço tal divagação, sempre recaio em teses materialistas e organicistas como

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIDERP- Anhaguera/SP, Graduando no Curso de Administração Pública, pela Universidade Federal de Sergipe.

fator causal, que não explicam, em hipótese alguma, a origem do "Bem" e do "Mal", do Ser, do Destino e da Dor[2].

É difícil compreender que, após décadas e décadas de estudos e práxis ainda me prendo aos "Avanços e Casuísmos"[3] que me faz a todo instante regressar ao "Movimento da Lei e da Ordem"[4] e fazer com que a ideia do "Panopticon"[5] seja ainda mais próxima do que nunca, atingindo, inclusive, crianças e adolescentes.

Mas, então, como fazer com que a Ordem Pública seja restabelecida sem que haja um "regresso" no tratamento diferido que fora reconhecido a esses seres "futuros da humanidade"? Não se sabe ao certo!

Um estudioso das ciências sociais, dentre eles cito Boaventura de Souza Santos[6], diria que com uma maior participação de mim mesmo para a consecução de objetivos práticos e razoáveis traçados previamente, teríamos mais sucesso num "todo democrático". Talvez o autor esteja certo.

No entanto, o certo é que em mais de 20 anos de existência e aprimoramentos do popularmente conhecido como ECA, não consegui sequer compreender a discriminação social que perpassa a minha razão em torno dessas pessoas; não consegui entender claramente que o termo "menor" para essas pessoas de diferentes faixas etárias e psicologias diversas é *indelux* e só reforça a minha indiferença em relação a elas; não busquei, com todas as forças, atingir os fins do referido Estatuto que tem como ápice de sua estrutura a restauração de uma das instituições mais sagradas e antigas da humanidade, a família.

Em mais um arroubo histórico de vingança[7], confundo causa com efeito, esqueço-me do monstro valorizador do consumismo que sou, das histórias de Sociologia, Filosofia e Ideologia que aprendi ao longo da minha existência, esqueço da ecleticidade com que foi elaborado o ECA e a própria Constituição Federal/88, os quais reuniu pessoas, cientistas e pesquisadores dos diversos ramos do conhecimento humano. Tudo isso, apenas para ser resumido em uma palavra: PUNIR.

Mas "punir" quem? Será que o crescimento exacerbado da minha "fome de capital"? Será que a minha falta de Amor e Caridade com o próximo? Será que a minha falta de senso crítico e ético ao escolher os meus governantes? Será que o meu, muitas vezes "desagradável", jeitinho brasileiro? Será que a corrupção que está impregnada em minhas entranhas e que serve, inexoravelmente, de ensinamento para as atuais e futuras gerações? Não! Puno o que não tem voz, o que não teve e não

tem vez! Puno o "menor"! Faço o mais fácil para mim e, muitas vezes, procuro até descarregar a "minha cruz" no outro! Fecho os olhos para as consequências vindouras com as minhas atitudes.

Que tipo de coisa estou fazendo comigo mesma, criando uma geração mais repressiva, mais alienada pelo consumo, mais dispersa do núcleo familiar ou, como se diz nos rótulos propagandistas, "mais do mundo"! Esqueço Foucalt, Marx, Alexy, Diderot, Rosseau, etc.[8], esqueço até o próprio Cristo e procuro viver com a minha simples perspectiva de mundo, materialista, organicista e, assustadoramente, pragmática e imediatista.

Não ouço, ao menos de relance, a voz da razão, que deixa às claras os mandos e desmandos desmesurados de meu próprio ego, da minha sede de vingança, dos meus desejos mais primitivos e da pergunta que não quer calar: será que a redução da Menoridade Penal ou a severidade das punições na Lei nº 8.069/90 será suficiente para "pisarmos no *welfare state*[9]"? Não sei! Não sei! A única coisa mais sensata que posso afirmar agora é uma súplica bíblica antiga, que reza: "perdoi-me, Pai, porque pequei"[10]!

Notas

[1] Uma alusão aos Cavaleiros do Cléro do Século XII D.C., os quais lutaram em prol da Igreja, mas também em nome dela fizeram muitas atrocidades com homens, mulheres e crianças. In JOSÉ JOBSON DE A. ARRUDA; NELSON PILETTI. Toda A História: história geral e história do Brasil. São Paulo: ÁTICA, 1995.

[2] SANTOS, Adilson. Família, drogas, causa e efeito. Recife: Printe, 2012.

[3] In http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/2932-%3Ci%3EEditorial:%3C-i%3E-Direitos-humanos-e-casuismos:-impossibilidade-de-convivencia . De acordo com o Boletim 148 de março de 2005, a referida revista ressalta que "e de forma lamentável, ao longo do tempo, nas pesquisas e levantamentos de dados internacionais, o Brasil tem sido referido como país que tolera violações a direitos humanos".

[4] O Movimento da Lei e Ordem tem origem nos Estados Unidos da América onde ficou conhecido como "law and order". Sua orientação de reação ao fenômeno criminal tem sentido, absolutamente oposto ao da Defesa Social. É um movimento integrado principalmente por políticos e sensacionalistas que defendem uma ideologia da repressão para conter um inimigo criado através do medo. Para isso, a mídia difunde a ideia de que a criminalidade e a violência encontram-se sem controle criando um verdadeiro estado de pânico e desespero entre as pessoas que reclamam, sem muita racionalidade, solução imediata para o angustiante problema da segurança pública.

[5] Pan-óptico é um termo utilizado para designar um centro penitenciário ideal desenhado pelo filósofo Jeremy Bentham em 1785. O conceito do desenho permite a um vigilante observar todos os prisioneiros sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. In FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da prisão (em português). 36ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

292 p

[6] In SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994. Também podemos aprofundar o conteúdo das indagações desta obra no livro: Sociología Jurídica crítica: Para un nuevo sentido común del derecho. Madrid: Trotta, 2009, do mesmo autor.

[7] Um exemplo típico deste processo vingativo tem sua origem na Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), que surgiu com a finalidade de impedir que a criminalidade aumentasse de uma forma desenfreada, através do aumento da legislação de repressão às massas, enquanto se finge atuar em defesa da população. Tais medidas, frise-se, não foram suficientes em nada, pois a criminalidade "continua crescendo". Mais aprofudamentos in: FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.

[8] Filósofos e estudiosos do Direito e das Ciências Sociais, os quais suas obras serviram de revoluções sociais e na forma de pensar das pessoas e que ainda continuam a influenciar o mundo contemporâneo.

[9] Faze-se referência ao antigo *welfare state* [Estado de bem-estar] criado na Europa, a partir do final da Segunda Guerra Mundial (1945).

[10] O filho pródigo (Lc 15,1-3.11-32)