



UNIUBE
Universidade de Uberaba



Ministério Público do
Estado de Minas Gerais

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.11	n. 15	novembro 2008	p. 1-288
----------------	------------	------	-------	---------------	----------



UNIJUS

Universidade de Uberaba

Reitor

Prof. Marcelo Palmério

**Pró-Reitor de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão**
Prof. José Bento Alves

Pró-Reitor de Ensino Superior
Profa. Inara Barbosa Pena Elias

Diretor do Curso de Direito
Prof. Pêrsio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Miralda Dias Dourado de Lavor – Promotora de Justiça

Revista Jurídica UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais
(Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).

Editoração e publicação pela UNIUBE.

Tiragem: 1.500 exemplares - Periodicidade semestral.

(Solicita-se permuta / exchange desired)

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do
Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG:
UNIUBE, 1998-

v.

Semestral.

A partir do volume 8 a numeração dos fascículos passou a ser contínua.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado
de Minas Gerais.

CDD: 340

Conselho Editorial

Dirce Maris Nunes da Silva
Eduardo Pimentel de Figueiredo
Guido Luiz Mendonça Bilharinho
João Delfino
João Vicente Davina
Lúcio Delfino
Newton Luís Mamede
Patrícia de Oliveira Portela
Sandra Maria da Silva
Wagner Guerreiro

Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

Universidade de Uberaba – UNIUBE

Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Prof. Jurandir Sebastião – Coordenador Editorial da Revista

Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário

CEP 38.055-500 – Uberaba-MG

Telefone: PABX (0xx34) 3319.8800 - FAX (0xx34) 3314.8910

E-mail: malthus@terra.com.br

Ministério Público de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Dra. Miralda Dias Dourado de Lavor

Rua Segismundo Mendes, n.º 175 – Centro

CEP 38.010-140 – Uberaba-MG

Telefone (0xx34) 3313.6142 - Fax (0xx34) 3333.8996

E-mail: miralda@netsite.com.br

ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.



SUMÁRIO

DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL

Luis Roberto Barroso p. 13

A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Reuder Cavalcante Motta p. 39

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E IDEOLOGIAS: O ESCOPO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lúcio Delfino e Fernando Rossi p. 67

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TEMPO DE MUDANÇA E FORTALECIMENTO

Paulo Fernando Silveira p. 91

CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS E LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO

Aflaton Castanheira Maluf p. 129

REPENSANDO O ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Cláudio da Silva Leiria p. 155

AUTONOMIA PRIVADA E BIODIREITO: PODEMOS, LEGITIMAMENTE, PENSAR EM UM DIREITO DE MORRER ?

Maria de Fátima Freire de Sá e

Maíla Mello Campolina Pontes p. 177

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robson Renault Godinho p. 193



SUMÁRIO

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Guilherme Berto Nascimento Fachinelli p. 209

A RIQUEZA SEM ORIGEM LÍCITA DOS AGENTES PÚBLI- COS E O SEU COMBATE NO ESTADO DE DIREITO

Daniela Lemos Salge p. 229

A INFORMÁTICA E SEUS IMPACTOS NO JUDICIÁRIO

Yeda Monteiro Athias p. 247

IMUNIDADES PARLAMENTARES

Gustavo Silva Calçado p. 261



As regras principais de organização do Estado Democrático de Direito, consagradas em nossas sucessivas *constituições*, vêm, ora com avanços, ora com retrocessos, passando por transformações de acordo com as conveniências das elites intelectuais e das classes produtivas/dominantes, em cada momento histórico. Se, até há bem pouco tempo, essas preocupações com a estrutura do Estado se constituíam em ciência jurídica de importância secundária (porque voltadas tão-somente para a preservação da elite ocupante do poder público ou da manutenção dos privilégios da classe dominante), hoje, há uma verdadeira legião de estudiosos e de doutrinadores caracterizando a denominada escola *Neo-Constitucionalista*, todos preocupados com as regras permanentes do convívio humano pacífico e igualitário, e com os princípios norteadores dos demais ramos da ciência do direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, fruto dessa evolução, está voltada para a proteção e preservação da dignidade da pessoa humana, no tocante às liberdades individuais, ao valor social do trabalho, à livre iniciativa e, também, à defesa da propriedade, aqui condicionando o seu exercício à sua função social. Com igual esmero, cuida do aperfeiçoamento da estrutura do Estado, sua composição, sua eficiência e seus limites de atuação, assim como da alternância dos ocupantes do poder público, como expressão maior de democracia. Mas é obra inacabada porque, necessariamente, em construção contínua. Simples prova dessa evolução, em nossa Constituição Federal, são os 94 artigos objeto das Disposições Constitucionais Transitórias, que, ao momento da promulgação, remanesceram como matéria a exigir oportunos disciplinamentos no pós-constituição, como, também, as supervenientes 62 emendas constitucionais aprovadas e incorporadas ao texto legal, nestes 20 anos. Mais que inacabada, pode-se dizer que a Constituição é obra inacabável – já que a mudança e a evolução do convívio humano, no mundo inteiro, no tocante aos valores sociais predominantes, são perenes e progressivas. Basta lembrar que, por enquanto, somos, na face da terra, aproximadamente 7 bilhões de seres humanos, necessitando, cada qual de nós, diariamente e para sempre, de alimentos, de moradia e demais confortos materiais produzidos em massa – característica da atual sociedade de consumo. Por decorrência, o destino do lixo que se produz e se acumula inexorável e diuturnamente, pelo descarte após uso ou pelas sobras ou resíduos no produzir, passou a ser um problema novo, sério, preocupante, de difícil solução e pondo em risco o equilíbrio do meio ambiente. Também como fatos novos, de natureza social e a exigir soluções jurídicas e administrativas, estão a concentração urbana desordenada; as comunicações eletrônicas nacionais e internacionais, acessíveis a menores e/ou delinquentes; a influência e a repercussão desastrosas do capital financeiro predatório internacional, e seus paraísos fiscais; os avanços técnico-científicos na ciência gênica, e tantos outros. Por outro prisma, igualmente importante, se o homem de ontem podia, isoladamente, tornar-se um perigoso facínora, o de hoje, agrupado ou isolado, pode se tornar um expropriador das riquezas alheias (pela força bruta ou pelos sofisticados meios eletrônicos), ou um genocida com enorme poder de destruição, mercê da tecnologia disponível a todos (aos menores, aos maiores, aos sensatos ou aos loucos de todo gênero), por meios biológicos silenciosos, ou por ação de força nuclear descontrolada. Por fim, pelo ângulo de organização e de alternância dos ocupantes dos poderes públicos, o cidadão de nossos dias ainda defronta, dentre outros, com dois fatos políticos novos: o *populismo*, no que se refere aos expedientes de cooptação

dos anseios populares para a tomada do poder público; e a *democracia de massas*, no que se refere às manobras para arregimentar, “legitimar” e eternizar, no exercício do cargo, esses mesmos ocupantes do poder público.

Ao completar 20 anos nossa nova Constituição, o balanço das conquistas planejadas, em confronto com as frustrações ocorridas, é positivo. Mas há muito por fazer, para a efetividade dos propósitos programáticos de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais – que há de ser feito por meio, principalmente, da valorização do trabalho e da livre iniciativa, como melhor forma de atender os propósitos da dignidade da pessoa humana, no tocante aos direitos individuais e/ou coletivos. Também, quanto ao aperfeiçoamento da estrutura do Estado há muito a fazer, para a correta observância dos princípios da *legalidade*, da *impeccabilidade*, da *moralidade*, da *transparência* e da *eficiência* na administração pública direta e indireta. Em comemoração a estes 20 anos, a presente edição nº 15 da Revista Jurídica UNIJUS se preocupou em selecionar artigos vinculados aos fundamentos e princípios da Constituição. Espera-se que, de sua leitura, se não houver acréscimos objetivos de informações técnico-científicas, ocorra, ao menos, motivação para reflexões voltadas para o aprimoramento do Estado, no que se refere ao convívio humano, competitivo, mas, pacífico, para a continuidade da caminhada da humanidade rumo a um futuro melhor e sem resvalo para o *autoritarismo* socialista ou *facismo* liberal.

Como de praxe, eis o resumo dos trabalhos selecionados:

1. No artigo DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL, de Luís Roberto Barroso, o autor, emérito professor da UERJ, desenvolve trabalho sobre *direito à saúde*, fazendo acuradas observações sobre a atuação do judiciário, pelo prisma constitucional, quando convocado para decidir conflitos individuais e/ou coletivos a esse respeito, envolvendo fornecimento gratuito de medicamentos. Assentado em farta pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre esse apaixonante e controvertido tema, o autor, quando não indica rumos, conduz o intérprete, ao menos, a uma reflexão mais ampla, para o eventual exercício de do *ativismo* judicante. Daí o arremate do autor, após indicar rumos ao desfecho das ações *individuais* e das *coletivas*, de que, nos pedidos judiciais destinados à modificação das listas de medicamentos gratuitos, “o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos”.

2. No artigo A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de Reuder Cavalcante Motta, o autor desenvolve trabalho voltado para a necessidade e a legalidade da decretação judicial liminar da indisponibilidade de bens, o quanto necessário, mas sem resvalar para o arbítrio e/ou abuso, para a garantia da indenização ao patrimônio público, nos casos de improbidade administrativa. O tema, abordado com viés prático, não obstante denunciar fortes controvérsias, mercê da influência política e panfletária dos réus envolvidos nos casos de fato, está lastreado na melhor doutrina e em farta jurisprudência. Sua conclusão é uma exortação à ética, após conclamar o ministério público a ocupar o espaço que lhe é destinado pela CF: “Resta aos combatentes da corrupção, na esfera judicial, além de

anteciparem ao máximo as condições legais para o decreto da indisponibilidade, fazer pedidos que levem em conta todas as questões espostas neste artigo, sob pena de desferir golpes de espada em imaginários moinhos de vento. O ressarcimento integral do dano – objetivo único e finalístico da decretação da indisponibilidade de bens – somente será alcançado com pedidos devidamente adequados e oportunos”.

3. No artigo INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E IDEOLOGIAS: O ESCOPO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Lúcio Delfino e Fernando Rossi, os autores desenvolvem trabalho para demonstrar que a função de *dizer o direito*, por parte do Estado, ao assentar conflitos – exercício da *jurisdição* –, não é simples tarefa ordenadora. O aplicador da lei, como verdadeiro braço do Estado, há de exercer sua função política/judicante com os olhos voltados para os princípios e regras que balizam a Constituição Federal, em autêntica ação transformadora. Como bem arrematam os autores, a “visão reducionista do direito à lei não é mais aceitável. A sociedade tornou-se demasiadamente complexa e plural. Espera-se mais do Estado do que a mera produção legislativa. Nessa nova sociedade os valores-guia habitam a Constituição Federal, o que conduz a exigência de uma interpretação jurídica afiliada a uma matéria-prima principal. Ao Estado não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas; exige-se dele, também, a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais, circunstância que, dentre outras conseqüências, molda um novo conceito de jurisdição”.

4. No artigo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TEMPO DE MUDANÇA E FORTALECIMENTO, de Paulo Fernando Silveira, o autor demonstra, em argumentação sólida e robustecida com exemplos extraídos da doutrina e decisões da Suprema Corte americana, que cabe ao “Supremo Tribunal Federal, como poder não eleito, de característica antima-joritária, de modo a se tornar, de fato, um poder político independente, de igual dimensão constitucional dos demais ramos eleitos governamentais, de cunho majoritário, que elaboram as medidas-provisórias, as leis e as emendas constitucionais”, e aos demais integrantes do Poder Judiciário, ocupar o espaço que lhes é assegurado pela Constituição de 1988, por meio do exercício da função de *freios e contrapesos*, na interpretação e aplicação dos fundamentos e princípios constitucionais permanentes, e diante uma desejada mentalidade (*judicial mind*), sem que, necessariamente, tenham que esperar pela vinda de leis, quando em jogo estiverem os direitos fundamentais individuais e/ou coletivos. O arremate do autor é retumbante: “Para mudar o judiciário brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, o que se torna irremediavelmente necessário, a fim de que se transforme num verdadeiro poder político – e não mero aplicador literal de lei ou de norma constitucional – de igual dimensão e envergadura dos demais ramos governamentais eleitos, é preciso, muito mais do que a edição de leis (um poder político independente e igual aos demais não pode ficar na dependência do legislativo para exercer sua nobre missão constitucional), que ocorra uma profunda mudança de mentalidade jurídica por parte dos juizes, de modo a passarem a interpretar a constituição sobrepondo-a, efetivamente, às leis e normas constitucionais que não guardem sintonia com ela, ou com os princípios e os valores sociais que ela abriga e que constituem os seus fundamentos. Numa verdadeira democracia, o enfrentamento dos poderes eleitos pelo judiciário, no exercício de sua missão constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), é extremamente salutar e necessário. Do contrário, não há falar em judiciário independente”.

5. No artigo CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS E LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, de Aflaton Castanheira Maluf, o autor, com os olhos voltados para a autonomia do município, como ente federativo, assenta seu trabalho no exame e natureza constitucional das leis orgânicas municipais, como estatuto maior e autônomo de cada município, elaboradas no exercício do *poder constituinte derivado*, e que, por isso, o controle de constitucionalidade dos atos e leis municipais, a seu ver, deve ser feito pelos juízes estaduais das respectivas comarcas, com revisão pelo juízo colegiado *ad quem* natural. Ainda nessa linha, de *lege ferenda*, finaliza: “Aguarda-se, com ansiedade, Emenda Constitucional que venha incluir os Municípios como *legitimados ativos*, adicionando-se inciso ‘X’ no Art. 103 da Constituição da República de 1988, para o ingresso de ADINs e ADPFs diretamente no STF, desvinculando-se (no caso das ADPFs), do poder discricionário do Procurador Geral da República, estabelecido no art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.882/99”.

6. No artigo REPENSANDO O ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL, de Cláudio da Silva Leiria, o autor, Promotor de Justiça e com vivência na esfera penal e eleitoral, faz severas críticas à interpretação formal que tem sido dada ao art. 236 do Código Eleitoral. Como bem escreve, “A patente insuficiência protetiva do artigo 236 do Código Eleitoral tem levado os doutrinadores a considerá-lo revogado ou então a flexibilizar sua aplicação, com afirmações de que a vedação à prisão referida é inconstitucional; que só diz respeito aos crimes eleitorais propriamente ditos ou que a prisão por ordem judicial não é vedada pelo artigo em comento”. E a conclusão de seu estudo é objetiva: “A garantia posta no art. 236 do CE não é inconstitucional se flexibilizada para permitir-se a prisão provisória de autores de crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo, bem como autorizar a prisão de candidatos que tiverem contra si sentença condenatória transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. A maneira de estender-se a possibilidade de prisão provisória aos autores dos crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo é com a utilização das denominadas decisões ou sentenças aditivas. As sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição”.

7. No artigo AUTONOMIA PRIVADA E BIODIREITO: PODEMOS, LEGITIMAMENTE, PENSAR EM UM DIREITO DE MORRER ?, as autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Campolina Pontes, em trabalho primoroso jurídico/filosófico/sociológico, focado na eutanásia como tema central, fazem relatos, análises e indagações que nos deixam a pensar. Não obstante a amplitude e complexidade do tema enfrentado, a conclusão mostra a lucidez da análise: “A dignidade da pessoa humana, destino e vértice de todo o ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1º, inciso III, CF/88), não há, portanto, como visto até aqui, que ser perquirida fora de um contexto de função jurisdicional. Não há um substrato axiológico de dignidade, preenchido *ex ante*, mas tal princípio há de ser densificado a partir do respeito de outros que lhe dão robustez, como a autonomia e a liberdade. [...] Viver e morrer são, sim, motes para muitas poesias e músicas que precisam ser entoados para tornar a existência mais leve. Entretanto, que sejam odes de libertação, de reconhecimento da cadência e do limite alheio e, não, estandartes de uma cegueira que propugna um pseudomoralismo travestido pela idéia de justiça”.

8. No artigo A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de Robson Renault Godinho, o autor demonstra que a questão de ônus da prova, no processo civil, pela dinâmica que necessariamente encerra em cada caso concreto, exige uma nova mentalidade, sob pena de sacrifício da efetividade jurisdicional, porque o princípio constitucional de acesso à justiça não se limita à possibilidade de se exigir a tutela de direito material. Mais, sim, efetiva reparação do direito lesado. Como bem acentua o autor, “As regras de distribuição do ônus da prova podem de antemão traçar a sorte dos litigantes e, nessa medida, estão umbilicalmente ligadas ao acesso à justiça. Aquele que vai ao judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuem a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador”.

9. No artigo A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA, de Guilherme Berto Nascimento Fachinelli, o autor desenvolve trabalho sobre princípios e dispositivos legais que permitem ao Ministério Público o prudente exercício da discricionariedade processual. Demonstra o autor que essa faculdade/dever, ao invés de comprometer o Poder Público persecutório, ao contrário, exalta-o, quando bem exercido, para a efetividade do direito de punir. Daí o lúcido arremate: “diante da concreta constatação da existência da mitigação do princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio, infere-se que esta atende perfeitamente ao princípio da reserva legal, consubstanciando-se em um efetivo procedimento a permitir que o órgão acusatório concentre suas forças no combate à macrocriminalidade, o que, por corolário, resultará em uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva na seara criminal e uma repressão austera à grande criminalidade”.

10. No artigo A RIQUEZA SEM ORIGEM LÍCITA E O SEU COMBATE NO ESTADO DE DIREITO – AGENTES PÚBLICOS, a autora Daniela Lemos Salge desenvolve inédito trabalho propugnando pela efetiva punição do agente público ímprobo, com fundamento no enriquecimento sem causa, mas decorrente do exercício da função pública. Assim como a efetiva reparação ao patrimônio público. Demonstra a autora que cumpre ao Ministério Público, albergado na Constituição Federal, policiar e preservar a moralidade e a honestidade na administração pública. Como bem escreve, “sem embargo da cultura dominante voltada para impunidade da improbidade advinda do enriquecimento ilícito, não se pode permanecer inerte, tornando-se cogente avigorar o Ministério Público com o poder de devassar o sigilo fiscal e bancário do agente público que ostentar fortuna incompatível com seus rendimentos”. E, reverberando contra o acinte que representa a ostentação de riqueza sem origem, por parte do agente público, arremata: “Hasteia-se, portanto, a flâmula que exhibe a insígnia do combate à corrupção, atribuindo-se à instituição do Ministério Público a nobre missão de livrar o horizonte social de tal perfídia”.

11. No artigo A INFORMÁTICA E SEUS IMPACTOS NO JUDICIÁRIO, de Yeda Monteiro Athias, a autora, com sua experiência na Magistratura, demonstra a necessidade e a irreversibilidade da utilização dos meios eletrônicos no Poder Judiciário, como forma de rapidez e de segurança na prestação jurisdicional, em cumprimento ao art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, mas sem descuidar da preservação da privacidade e da reserva da intimidade das partes, quando necessárias. Como bem escreve, “as novas tecnologias nem sempre serão ferramentas válidas, quando delas dependerem a percepção e sensibilidade

humana, eis que jamais poderão substituir o cérebro pelo computador, o pensamento pela digitação e a percepção pela câmera, já que na atividade do magistrado é necessário interpretar as palavras através dos lábios; enxergar a alma pelos olhos e descobrir a índole pelo rosto. O que só pode ocorrer através do contato físico. O direito à intimidade e à privacidade deve ser respeitado e a liberdade não pode sofrer restrição, nem as ordens judiciais deixarão de ser cumpridas, por impossibilidade do sistema eletrônico. Logo, há necessidade de ferramentas para restringir os nomes dos envolvidos nos julgados e mecanismos eficazes para suprir a falta do sistema eletrônico, de modo a prevalecer o bem jurídico de maior relevância a ser protegido: dignidade da pessoa humana. [...] as novas tecnologias, para se mostrarem legítimas, reclamam sejam adequados, de um lado, o direito de publicidade ao direito de intimidade e privacidade; e, de outro, o direito à celeridade ao devido processo legal e, numa tetralogia mais moderna: publicidade + privacidade + celeridade + segurança, compatíveis com a ordem constitucional”.

12. No artigo IMUNIDADES PARLAMENTARES, de Gustavo Silva Calçado, o autor demonstra que a imunidade parlamentar não se confunde com impunidade. Ancorada na Constituição Federal, destina-se ela à preservação da intangibilidade do exercício do mandato parlamentar. É uma prerrogativa para a liberdade legiferante. Não é blindagem para a prática de crimes tipificados ou não, nem espaço para abusos e privilégios. Por isso, jamais poderá ser acolhida como garantia de impunidade. Como registra em suas conclusões, “Exercer a função legislativa com liberdade, independência e autonomia, no exercício do direito/dever fiscalizatório do Poder Executivo, ou no campo legiferante, são requisitos indispensáveis para sedimentar a tripartição dos poderes. Nesse contexto, a imunidade parlamentar viabiliza a política de freios e contrapesos, responsável por gerenciar a harmonia entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. [...] A partir da Emenda Constitucional 35, houve um redirecionamento: permitiu-se o recebimento da peça acusatória pelo tribunal competente, e deu ao parlamento a possibilidade de sustar o andamento do processo. Mas, a paralisação do trâmite procedimental, totalmente desnecessária a nosso ver, evidencia um viés de impunidade. O Poder Judiciário não deve se submeter a um pedido de sustação dos parlamentares para frear o processo. Se a prisão foi irregular o ordenamento nacional possui os instrumentos hábeis a tutelar a *status libertatis* do acusado: têm-se o *habeas corpus*, a liberdade provisória, e as limitações à prisão preventiva ou provisória. Portanto, tal blindagem não é necessária, pois do contrário, o julgamento político está a preexistir ao jurídico”.

Como regra de nossa coordenação, repita-se, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas humildemente nos renderemos.

Uberaba, MG, novembro de 2008.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial



DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL¹

Luís Roberto Barroso²

Resumo:

O estudo que se segue procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas: a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos. Essa atuação, que procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. O maior propósito do presente trabalho é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos.

Palavras-chave: Direito à saúde. Poder Judiciário. Medicamentos. Princípios.

SUMÁRIO

Introdução. Apresentação do tema: O fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva. PRIMEIRA PARTE – Algumas premissas doutrinárias: I. A doutrina da efetividade. II. A teoria dos princípios. III. Constitucionalismo, democracia e papel do Judiciário. IV. Conclusão das premissas doutrinárias. SEGUNDA PARTE – O direito à saúde no Brasil. Constituição, legislação infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos: I. Breve notícia histórica. II. O sistema normativo a partir da Constituição de 1988. II.1. A repartição de competências e a Lei do SUS. II.2. A questão específica da distribuição de medicamentos. TERCEIRA PARTE – Interferência do Poder Judiciário em relação à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos. Limites legítimos e críticas: I. O espaço inequívoco de atuação judicial. II. Críticas à judicialização excessiva. QUARTA PARTE – Alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos: I. Em relação às ações individuais. II. Em relação às ações coletivas. III. Em relação à legitimação passiva. Conclusão – *Abstract* – Referências.

INTRODUÇÃO

¹ Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O presente estudo baseou-se em pesquisa e debates desenvolvidos no âmbito do INSTITUTO IDÉIAS, dos quais participaram os Professores Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto. Sou grato a três estudiosos que me cederam versões originais de trabalhos seus ainda não publicados: Fátima Vieira Henriques, *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades*, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; Fábio César dos Santos Oliveira, *Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário*, 2007, artigo inédito; e Rogério Gesta Leal, *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional* (atualmente publicado em *Revista Direito do Estado* 8:91, 2007).

² Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e livre-docente pela UERJ e mestre em Direito pela *Yale Law School*. Diretor-Geral da *Revista de Direito do Estado*. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.



Apresentação do tema: O fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva

1. Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

2. O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

3. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

4. O estudo que se segue procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas. Seu maior propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos. O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos”.

5. Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

PRIMEIRA PARTE

ALGUMAS PREMISSAS DOUTRINÁRIAS

I. A DOUTRINA DA EFETIVIDADE

6. O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*³. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

7. Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a *ação* e a *jurisdição*: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

8. Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais⁴ ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente

³ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987). A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

⁴ Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais – como os políticos e os individuais – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos. Por exemplo: a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral consomem gastos vultosos, a exemplo da manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade. Sobre o tema, vejam-se: Stephen Holmes e Cass Sunstein, *The cost of rights*, 1999; Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005; e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002.

exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido⁵. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos.

II. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

9. A *teoria dos princípios*, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado⁶. Na seqüência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito⁷. As duas obras precursoras desses autores – *Levando os direitos a sério* e *Teoria dos direitos fundamentais* – deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures⁸. São elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios. A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para esta-

⁵ V. Luís Roberto Barroso, A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de direito constitucional*, v. 3, p. 76: “Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”.

⁶ V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997 (1ª edição: 1977), p. 22 e ss..

⁷ V. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss..

⁸ Vejam-se, exemplificativamente, J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 1253 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 243 e ss.; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*, 1996, p. 92 e ss.; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2006; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 40 e ss. e *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 166 e ss.; Rodolfo L. Vigo, *Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial*, 2000, p. 9-20; Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992; Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, 1997, p. 79 e ss.; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003; Ruy Samuel Espindola, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999; Fábio Corrêa de Souza Oliveira, *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 17 e ss.; Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, 1999; e David Diniz Dantas, *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, 2005, p. 41 e ss..

belecer a diferença entre ambos⁹.

10. É quanto ao modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto¹⁰. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são *mandados* ou *comandos definitivos*¹¹: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos¹².

11. Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Estes entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, *e.g.*, a livre iniciativa *versus* a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, *e.g.*, o direito à vida e à saúde de uma pessoa *versus* o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, *e.g.*, o direito à saúde *versus* a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos.

12. Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade *tudo ou nada*, mas sim de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à *ponderação* dos princípios e fatos relevantes, e não a *subsunção* do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e

⁹ Por simplificação, é possível reduzir estes critérios a apenas três, que levam em conta: a) o conteúdo da norma; b) a estrutura normativa; c) o modo de aplicação. Não será possível avançar em relação aos dois primeiros, salvo para registrar que princípios expressam valores, direitos fundamentais ou fins públicos, ao passo que regras são normalmente comandos objetivos, descritivos de condutas. Sobre a aproximação entre direitos fundamentais e princípios, v. Roberto Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 82.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 24: “Regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão” (tradução livre).

¹¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 87 e 88: “[A]s regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras” (tradução livre). Para uma visão crítica sobre o ponto, v. Humberto Ávila, *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003.

¹² Expondo a teoria dos princípios de Alexy, averbou Luís Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, mimeografado, 2005, p. 51: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”.

fáticos presentes na hipótese¹³. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível¹⁴.

13. Uma última observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição¹⁵.

III. Constitucionalismo, democracia e papel do Poder Judiciário

14. A idéia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira¹⁶, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão aqui tratada.

15. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais

¹³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *principios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos” (tradução livre).

¹⁴ As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a idéia de mínimo existencial para demarcar a fundamentalidade material do direito e sua conseqüente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias. Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais, v. Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, 1997, p. 482 e ss.

¹⁵ Sobre o ponto, v. Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição*, 2000, p. 114: “É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”.

¹⁶ CF/88, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

direitos¹⁷. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

16. O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira¹⁸. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

17. Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador¹⁹.

IV. Conclusão das premissas doutrinárias

18. Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível,

¹⁷ Dela se podem extrair idéias importantes sobre as quais se assenta o pensamento filosófico contemporâneo, como por exemplo: a) toda pessoa humana é um fim em si mesma, não devendo jamais ser transformada em um meio para a realização de metas coletivas (v. Immanuel Kant, *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005; edição original de 1785); b) toda vida desperdiçada, todo fracasso existencial é uma perda para a humanidade como um todo. O Estado, o Direito e a sociedade devem contribuir, na maior extensão possível, para que cada indivíduo desenvolva suas potencialidades e realize o seu projeto de vida (v. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?*, 2006).

¹⁸ CF/88, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁹ A atuação judicial, em certos casos, poderá fundar-se em um ato administrativo, como um regulamento ou portaria. Os atos administrativos, todavia, para serem válidos precisam estar fundados em norma constitucional ou legal. Assim, sua aplicação envolverá, ao menos indiretamente, a aplicação da Constituição ou de uma lei.

inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.

SEGUNDA PARTE

O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

I. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

19. A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX²⁰, com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos²¹, o modelo “campanhista” obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro²².

20. Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública²³. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados

²⁰ No século XIX, foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, principal responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias. Nessa época, foram desenvolvidas ações de regulação do exercício da medicina, incluindo as atividades dos cirurgiões, e a criação das primeiras escolas de medicina: na Bahia é criada a Escola de Cirurgia, em 1808; e, no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809.

²¹ Tanto assim que, em 1904, eclode, no governo de Rodrigues Alves, a Revolta da Vacina, caracterizada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público. No que concerne à obrigatoriedade da vacinação antivaríola, o Governo estabeleceu multas aos refratários e a exigência do atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens, entre outros.

²² Nesse período, Oswaldo Cruz procurou organizar a diretoria geral de saúde pública. Foram incorporados como elementos das ações de saúde: (i) o registro demográfico, possibilitando conhecer a composição e os fatos vitais da população; (ii) a introdução do laboratório como auxiliar do diagnóstico etiológico; e (iii) a fabricação organizada de produtos profiláticos para uso em massa.

²³ O Ministério substituiu o antigo Departamento Nacional de Saúde Pública, que era vinculado ao Ministério da Justiça. Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Na verdade, tratou-se de mero desmembramento do antigo Ministério da Saúde e Educação.

à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto²⁴. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

21. Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde²⁵. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

II. O SISTEMA NORMATIVO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

22. Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de instituir o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde²⁶.

II.1. A repartição de competências e a Lei do SUS

23. Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para *legislar* sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios

²⁴ No período, também se destaca, em 1941, a reforma de Barros Barreto, com a qual são instituídos órgãos normativos e supletivos destinados a orientar a assistência sanitária e hospitalar; há a criação de órgãos executivos de ação direta contra as endemias mais importantes (malária, febre amarela, peste); o Instituto Oswaldo Cruz se constitui como referência nacional; as atividades normativas e executivas descentralizam-se no País por 8 regiões sanitárias; são desenvolvidos programas de abastecimento de água e construção de redes de esgoto; são criados serviços especializados nacionais para lidar com doenças degenerativas e mentais (Instituto Nacional do Câncer).

²⁵ Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente; a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregado e União).

²⁶ O Sistema Único de Saúde é instituído no artigo 198 da Constituição: “*as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único*”. Tal sistema deve ser “*descentralizado*” e deve prover “*atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*”. O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes.

(CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II)²⁷. No que tange ao aspecto *administrativo* (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu *competência comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde²⁸.

24. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja *cooperação* entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de *competência comum* não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

25. Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção*” (art. 6º, VI).

26. A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização²⁹, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

27. A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção *nacional* do SUS, atribuiu a competência de “*prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional*” (art. 16, XIII), devendo “*promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal*” (art. 16, XV). À direção *estadual* do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente

²⁷ V. Sueli Gandolfi Dallari, Competência municipal em matéria de saúde, *Revista de direito público* 92:173, 1989.

²⁸ No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei nº 8.080/90, art. 9º).

²⁹ V. Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: Emerson Garcia (coord.), *A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 213.

ações e serviços de saúde. Por fim, à direção *municipal* do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e **executar** os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

28. Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da *descentralização administrativa*. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de *subsidiariedade* e de *municipalização*³⁰. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema³¹. Os temas do financiamento e da articulação entre os entes para a administração econômica do sistema, porém, não serão objeto de exame neste estudo. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.

II. 2. A questão específica da distribuição de medicamentos

29. No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*³². De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

30. Com efeito, ao *gestor federal* caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de *medicamentos essenciais*, com base na RENAME³³, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de

³⁰ A Lei nº 8.080/90 se fez acompanhar de vasta regulamentação, feita através de portarias editadas pelo Ministério da Saúde. A Portaria nº 2.203/96 instituiu a *Norma Operacional Básica do SUS* (NOB), que trata da edição de normas operacionais para o funcionamento do sistema. As NOBs são, acima de tudo, produto da necessidade de cooperação entre entes gestores, de modo a viabilizar a descentralização do Sistema. Até o momento foram publicadas quatro NOBs: 01/91, nº 01/92, nº 01/93 e nº 01/96.

³¹ Os recursos da Seguridade serão transferidos, primeiramente, ao Fundo Nacional de Saúde e, depois, aos fundos de saúde dos entes locais (Lei nº 8.080/90, arts. 34 e 35). Esses recursos devem ser depositados nos fundos de saúde de cada esfera de governo, e serão movimentados sob a fiscalização dos respectivos conselhos de saúde.

³² V. Anexo da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (*DOU* 10 nov. 1998), item nº 5: “No que respeita às funções do Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

³³ Os medicamentos essenciais *básicos* compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos (RENAME).

medicamentos destinados à *atenção básica* à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. O Município do Rio de Janeiro, por exemplo, estabeleceu, através da Resolução SMS nº 1.048, de março de 2004, a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME)³⁴, instrumento técnico-normativo que reúne todo o elenco de medicamentos padronizados usados pela Secretaria Municipal de Saúde³⁵.

31. A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de *caráter excepcional*³⁶, conforme disposto nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e nº 1.321, de 5 de junho de 2007³⁷. Assim, ao gestor estadual caberá *definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado*, particularmente os de distribuição em caráter excepcional. No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria de Estado de Saúde criou Comitê Técnico Operacional,

³⁴ A seleção de medicamentos que comporiam a REMUNE seguiu os seguintes critérios: (I) Medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica; (II) Medicamentos que supram as necessidades da maioria da população; (III) Medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações; (IV) Medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira (DCB) e, na sua falta, conforme Denominação Comum Internacional (DCI); (V) Medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a segurança, eficácia, biodisponibilidade e características farmacocinéticas; (VI) Medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade; (VII) Formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando: a) Comodidade para a administração aos pacientes; b) Faixa etária; c) Facilidade para cálculo da dose a ser administrada; d) Facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses.

³⁵ Ressalta-se ainda que a lista não fica estagnada. Para avaliar a necessidade de atualização, com a inclusão e exclusão de medicamentos, foi nomeada comissão. A Resolução SMS nº 1.139, de 4 de abril de 2005, constituiu o Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos, formado por profissionais da Secretaria Municipal, envolvidos na gerência de diversas atividades relacionadas às ações e serviços de saúde. V. Resolução SMS nº 1.139, de 4 de abril de 2005, art.3º: “o Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos terá as seguintes atribuições: a) Padronizar os medicamentos a serem utilizados na rede assistencial própria da Secretaria Municipal de Saúde, dentro dos critérios estabelecidos, que obedçam aos parâmetros da economicidade, qualidade, segurança e eficácia; b) Avaliar os pedidos de inclusão e exclusão de medicamentos na REMUME-Rio; c) Convidar, quando couber, consultores *ad hoc*, sendo preferencialmente, especialistas ligados aos Programas Nacionais ou Estaduais de Saúde e as comissões técnicas da SMS-Rio, professores de Universidades ou profissionais de notório saber; d) Definir critérios que subsidiem a priorização dos medicamentos para elaboração de protocolos de uso de medicamentos”.

³⁶ Os medicamentos de “dispensação” em caráter *excepcional* são aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.

³⁷ A Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional e apresenta a lista de medicamentos sob a responsabilidade da União. A lista completa contendo mais de 105 substâncias ativas pode ser verificada no endereço: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>. A Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007, define os recursos a serem repassados para os Estados e o Distrito Federal, a título de co-financiamento, referentes à competência maio e junho de 2007, para a aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional da Tabela SAI/SUS. Nesse mesmo sentido decidiu a Comissão Intergestores Tripartite, no dia 5 de outubro de 2005, em reunião em que foi pactuada a repartição do financiamento dessa espécie de medicamento entre União e Estados: “Na questão dos Medicamentos da Dispensação Excepcional, o secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Dr. Moisés Goldbaum, falou do processo de trabalho na Câmara Técnica Tripartite e do acordo que fecharam para o momento. Após várias considerações CONASS e CONASEMS, onde foram solicitadas ao Ministério as criações de um mecanismo para compensar os Estados com saldos negativos no custeio de medicamentos excepcionais e mecanismos para enfrentar as questões judiciais, a proposta foi pactuada” (Resumo Executivo da Reunião Extraordinária de 05 de outubro de 2006 da Comissão Intergestores Tripartite. Disponível em <http://dtr2001.saude.gov.br/dad/>. Acesso em 27 ago. 07).

com as funções de adquirir, armazenar e distribuir os medicamentos de competência estadual (Resolução SES nº 2.471, de 20 de julho de 2004)³⁸. Além disso, criou também o Colegiado Gestor da Política Estadual de Medicamentos e Assistência Farmacêutica (Resolução SES nº 2.600, de 2 de dezembro de 2004)³⁹, que tem a função de auxiliar a Secretaria de Estado na gestão da Assistência Farmacêutica. Acrescenta-se ainda que o Governo Estadual possui um programa de assistência farmacêutica denominado *Farmácia Popular*, que fornece remédios à população a preços módicos⁴⁰.

32. Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes. Após as reflexões teóricas e a descrição do quadro normativo, levadas a efeito nos capítulos anteriores, impõe-se agora a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência para, na seqüência, procurar desenvolver alguns parâmetros objetivos capazes de dar racionalidade e disciplina adequada à questão.

TERCEIRA PARTE

INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE E AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LIMITES LEGÍTIMOS E CRÍTICAS.

I. O espaço inequívoco de atuação judicial

33. O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar

³⁸ Considerando a necessidade de contínuo abastecimento de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica e a necessidade de padronizar os procedimentos administrativos adotados por todos os setores da Secretaria de Saúde, a citada resolução constituiu Comitê com as seguintes atribuições: (i) elaborar os procedimentos operacionais padronizados, para cada etapa do fluxo de aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos; (ii) analisar e avaliar os processos de aquisição de medicamentos em tramitação; (iii) elaborar cronograma de entrega de medicamentos; (iv) elaborar cronograma de pagamento para os fornecedores de medicamentos; (v) elaborar relatório de situação sobre abastecimento de medicamentos no prazo de 07 (sete) dias; e (vi) apresentar relatório com as medidas adotadas no prazo de 15 (quinze) dias.

³⁹ O Colegiado possui como objetivo formular políticas para o setor que envolvem um conjunto de iniciativas voltadas à promoção, proteção e efetivação da saúde. Segundo o art. 4º da Resolução, “os trabalhos do Colegiado gestor deverá englobar como eixo estratégico das diretrizes estabelecidas no item 5.3 da Portaria GM/MS nº 3.916/98 e em outros que forem considerados importantes para a melhoria do sistema de gestão, propondo, inclusive, medidas que julgar necessárias, encaminhando-as ao Secretário de Estado de Saúde para deliberação”.

⁴⁰ Dados obtidos através do endereço: <http://www.ivb.rj.gov.br/principal.asp>: “Todas as farmácias vendem 48 medicamentos e mais as fraldas descartáveis (tamanhos M e G). Os medicamentos são produzidos pelo próprio IVB, Laboratório Farmacêutico da Marinha, IQUEGO (Indústria Química de Goiás), Lafepe (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco) e FUNED (Fundação Ezequiel Dias, de Minas Gerais). Tudo a R\$ 1. As fraldas são também para deficientes (de qualquer idade). Os medicamentos estão entre os mais consumidos pela terceira idade. São para hipertensão, cardiopatias, problemas de nervos, depressão, glaucoma e osteoporose entre outras. Para comprar na Farmácia Popular, é preciso ter 60 anos ou mais, apresentar receita médica da rede pública e com o nome genérico do medicamento e, ainda, morar nas regiões” (Acesso em 28 ago. 07).

a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas⁴¹.

34. Pois bem. O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. Não é dessas hipóteses que se está cuidando aqui.

35. O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas conseqüências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

36. Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

II. Críticas à judicialização excessiva

37. A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma *virada jurisprudencial*⁴² que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência. Faz-se no presente tópico um breve levantamento de algumas dessas críticas, sem a preocupação de endossá-las ou infirmá-las. O propósito aqui é oferecer uma visão plural do tema, antes da apresentação dos parâmetros propostos no capítulo seguinte.

38. A primeira e mais freqüente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apóia na

⁴¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro, *Interesse Público* 19:51, 2003.

⁴² J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 26, faz referência à “*viragem jurisprudencial*”, observando: “As decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional – daí o nome de *moderno direito constitucional*”.

circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de *norma programática*⁴³. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas*, não através de decisões judiciais⁴⁴. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

39. Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de *desenho institucional*⁴⁵. Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

40. Uma terceira impugnação à atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito à intrincada questão da *legitimidade democrática*. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos⁴⁶. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos

⁴³ Segundo José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1999, p. 83-4. “A saúde é (...) *dever do Estado*...’], aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida (...)” V. também: TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des Antonio Lindberg Montenegro: “Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Impropriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado”.

⁴⁴ Segundo o artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴⁵ Sobre a noção de desenho institucional, v. F. Schauer, *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, 1998; e Noel Struchiner, *Para falar de regras. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*, 2005, tese de doutorado apresentada à PUC-Rio.

⁴⁶ O argumento é assim sintetizado por Ingo Wolfgang Sarlet, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, *Interesse Público* 12:102, 2001: “A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes”.

na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos⁴⁷.

41. Talvez a crítica mais freqüente seja a financeira, formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”⁴⁸. Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais⁴⁹. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “*imiscuir-se na política de administração pública*”⁵⁰.

42. Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente,

⁴⁷ V. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 946: “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”. No mesmo sentido, segundo Fabiano Holz Beserra, Comentário sobre a decisão proferida no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, *Revista de direito social* 18:110, 2005: “De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual *status*, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa”.

⁴⁸ Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (orgs.), 2004, p. 455-6: “A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’ E) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental”.

⁴⁹ Gustavo Amaral, *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 71-3: “Todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.

⁵⁰ TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim: “Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenço”.

para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável⁵¹. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

43. No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública⁵², como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável⁵³. Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico⁵⁴. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde⁵⁵. Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela

⁵¹ Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista forense* 37:113, 2003, sintetiza a crítica da seguinte forma: “Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontra devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.

⁵² Como esclarece Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista forense* 37:108, 2003. “Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegessem uma delas”.

⁵³ Varun Gauri, Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries, *World development* 32 (3):465, 2004.

⁵⁴ Dados disponíveis em: http://www.planejamento.rj.gov.br/OrcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em: 22 out. 2007.

⁵⁵ Segundo Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social, *Revista de direito social* 20:58, 2005: “O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Como diria São Jerônimo, *sancta simplicitas*: é melhor prevenir que remediar. E remediar faz mais sentido quando se trata de saúde. Previnam-se as doenças, mantendo-se o atendimento para os já enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. (...) Estas diretrizes [as do art. 200 da CF/88] confirmam o alcance de um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, v. g., são interesses difusos, pois causam impacto social. A vigilância sanitária e epidemiológica também é prioridade. Temos visto recentemente o governo investir mais em referendos do que no controle da febre aftosa ou da gripe aviária. São questões intrínsecas à saúde, que deveriam ser essência da atuação estatal”. V. também: Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 19: “Certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário”.

avaliação de custos e benefícios⁵⁶.

44. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média⁵⁷.

45. Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública⁵⁸. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é

⁵⁶ Nesse sentido, v. TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim.

⁵⁷ Como sustenta Lúcia Léa Guimarães Tavares, O fornecimento de medicamentos pelo Estado, *Revista de direito da Procuradoria-Geral* 55:109-10, 2002: “Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são ‘seletivas’ no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário”.

⁵⁸ É o que explica Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003, p.22-3: “O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração”.

mais afeto à Administração Pública⁵⁹.

QUARTA PARTE

ALGUNS PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

I. Em relação às ações individuais

Parâmetro: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos

46. O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima⁶⁰. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

47. Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

⁵⁹ Confira-se, a respeito, a explicação de Ana Paula de Barcellos, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de direito do Estado* 3:32, 2006: “Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”.

⁶⁰ Parece impossível, por evidente, considerando a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, impedir demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamentos não incluídos em lista. Ao decidir tais demandas, porém, o magistrado terá o ônus argumentativo de enfrentar os óbices expostos no texto. O ideal, a rigor, seria o magistrado oficial ao Ministério Público para que avalie a conveniência do ajuizamento de uma ação coletiva, ainda que, naquele caso específico, e em caráter excepcional, decida deferir a entrega do medicamento para evitar a morte iminente do autor. O tema será retomado adiante ao longo do texto.

48. Foi nessa linha que entendeu a Ministra Ellen Gracie na SS 3073/RN, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Governo Estadual (Rio Grande do Norte) não estava se negando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combatidas políticas de saúde⁶¹.

49. Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos⁶². A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.

II. Em relação às ações coletivas

Parâmetro: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas

50. Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, é a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos.

⁶¹ STF, *DJU* 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado ‘efeito multiplicador’ (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência”.

⁶² STJ, *DJU* 2 fev. 2004, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

51. Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias⁶³. As razões para esse parâmetro são as seguintes.

52. *Em primeiro lugar*, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (*e.g.*, qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

53. *Em segundo lugar*, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*⁶⁴. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.

54. *Em terceiro lugar*, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

⁶³ Isso, é claro, dependeria de uma revisão mais abrangente da tradicional jurisprudência do STF, restritiva ao controle em abstrato das leis orçamentárias. Como exemplo dessa linha interpretativa, v. STF, *DJU* 16 mar. 2007, ADI 3.652/RR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Limites na elaboração das propostas orçamentárias (Art. 41): inviabilidade do exame, no controle abstrato, dado que é norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, que se limita a fixar os percentuais das propostas orçamentárias, relativos a despesas de pessoal, para o ano de 2006, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público: precedentes”.

⁶⁴ Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 1992; Gustavo Amaral, *Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, 2001; e Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005.

Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.

55. No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confram-se.

a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.

56. Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a *comprovada eficácia das substâncias*. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Perguilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento⁶⁵. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substâncias como o composto vitamínico “cogumelo do sol”, que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia⁶⁶.

b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.

57. A inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS⁶⁷. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. Nesse sentido, embora em demanda individual, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no país, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário⁶⁸.

c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.

58. Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência

⁶⁵ STJ, *DJU* 5 abr. 2004, AgRg-Pet 1.996/SP, Rel. Min. Nilson Naves.

⁶⁶ Como esclarece Ricardo Seibel de Freitas Lima, Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito Público* 12:68-9, 2006: “o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja a compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros”.

⁶⁷ Ricardo Seibel de Freitas Lima, Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito público* 12:66, 2006.

⁶⁸ STF, *DJU* 26 out. 2004, RE 411557/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

59. A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.

III. Em relação à legitimação passiva

Parâmetro: o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido

60. Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los *solidariamente*, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinulam.

61. Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

CONCLUSÃO

62. Diante do exposto, é possível compendiar nas proposições seguintes as principais idéias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população:

A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em *ações individuais*, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

B) No âmbito de *ações coletivas* e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

ABSTRACT:

The following study intends to develop a theoretical and practical reflection concerning a subject full of complexities and subtleties: the intervention of the Judiciary, by means of orders to the Public Administration, to provide free medicines. This performance, which intends to fulfill the Constitution's promise of widespread health service, has become excessive and therefore has begun to fade, victim of the excess of ambition, the lack of criteria and various whims. The main purpose of the present work is to contribute to a rational discussion of the problem, elaborating parameters that justify and legitimate the judicial performance in the particular field of free medicines distribution policies.

Key words: *Right to health. Judiciary. Drugs. Principles.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1997.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado* 3:32, jul./set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2006.

_____. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de direito constitucional*, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro, *Interesse*

Público 19:51, mai./jun. 2003.

BESERRA, Fabiano Holz. Comentário sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, *Revista de Direito Social* 18:110, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde, *Revista de Direito Público* 92:173, out./dez. 1989.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*. 2ª ed. São Paulo: Madras, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAURI, Varun. Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries, *World Development* 32 (3):465, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: Emerson Garcia (coord.), *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista Forense* 37:113, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HOLMES, Stephen; e SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*. New York: W. W. Norton, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito Público* 12:66, 2006.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4ª ed. Boston: Little, Brown and

Company, 1992.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, *Interesse Público* 12:102, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, *Revista de Direito do Estado* 4:23, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de doutorado apresentada à PUC-Rio, 2005.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado, *Revista de direito da Procuradoria-Geral* 55:109, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (orgs.), *Diálogos constitucionais: Brasil – Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social, *Revista de Direito Social* 20:58, 2005.



A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Reuder Cavalcante Motta¹

RESUMO:

O presente estudo discorre acerca da medida judicial cautelar de indisponibilidade de bens de pessoas envolvidas em atos de improbidade administrativa inserta na Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 4º) e, também, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.249/92). O conceito e as principais discussões polêmicas sobre o tema na doutrina e na jurisprudência brasileiras são apresentados. Não se limita à compilação, mas, também em relação a tais discussões, procura-se incrementar o debate acadêmico e profissional, com a exposição de posicionamentos críticos do autor, baseados em uma interpretação sistêmica e teleológica da medida, fundada no princípio constitucional da moralidade administrativa. Traz, também, sugestões de natureza pragmática para o alcance da plena efetividade da medida.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Medidas Cautelares Processuais. Corrupção no Poder Público.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Comando constitucional, conceito e conseqüências ao direito de propriedade – 3. Objetivo da Medida. Resultado útil – 4. Previsão na Lei de Improbidade – 5. Vinculação da autoridade administrativa para representar ao MP – 6. Fundados indícios de responsabilidade como único requisito – 7. Indisponibilidade de todos os bens do agente ímprobo – 8. Garantia integral do ressarcimento do dano material e imaterial – 9. Evitar o excesso, mas incluir juros compensatórios – 10. Alcance da medida sobre todos os réus: autores, co-autores, partícipes e beneficiários – 11. Do momento e do modo em que se deve pleitear a medida – 12. Conclusão – 13. *Abstract* – 14. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Chega a ser um truísmo dizer que a corrupção² na administração pública é um dos mais graves problemas nacionais, desde o ano de 1500. A *moralidade e a probidade* administrativas são valores fundamentais da nossa República previstos constitucionalmente (art. 5.º, LXXIII; art. 15, V; art. 37 *caput*; e art. 85, V, da CF/88). O repúdio à falta de probidade administrativa tem sede expressa no artigo 37, § 4º, dessa Carta Magna, prevista como tutela jurisdicional no juízo cível, “sem prejuízo da ação penal cabível”, para a aplicação de sanções civis de “suspensão de direitos políticos”, de “perda da função pública”, e de “ressarcimento ao erário” – naturalmente,

¹ Promotor de Justiça em Goiás. Membro do Núcleo de Apoio Técnico do Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Goiás.

² “[...] corrupção não é apenas uma falta, grave sem dúvida, mas que não transcende a pessoa que a comete. É uma falta que perverte e, por isso, ameaça o regime [democrático], porque solapa seus fundamentos”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Corrupção e Democracia*. In ZILVETE, Fernando Aurélio e LOPES, Sílvia (coordenadores). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo, Atlas, 2004, p. 18.

por meio de devido processo legal³ e conduzido por autoridade competente – contra aqueles que atentem referidos valores constitucionais. Em meio às sanções civis discriminadas no artigo 37, § 4º (mesmo sem boa técnica legislativa, por colocar institutos de natureza diversa na mesma lista), o constituinte previu, também, medida de natureza cautelar e prévia à sanção e à garantia de ressarcimento, denominada “indisponibilidade de bens”⁴. Ela, inegavelmente, atua em favor do patrimônio público e em desfavor daqueles que cometem “atos de improbidade administrativa”⁵.

A ação de improbidade administrativa e esse novo instituto da *indisponibilidade de bens*, previstos no artigo 37, § 4.º, foram regulamentados pela Lei 8.429/92, de 02 de junho de 1992 (Lei da Improbidade Administrativa). Também, nesse mesmo diploma legal foi criado outro dispositivo protetivo e temporário, de caráter não sancionatório, da probidade administrativa: o afastamento cautelar do agente público (Lei nº 8.429/92, art. 20, parágrafo único)⁶. Ocorre, porém, que o afastamento cautelar do agente público tem sido considerado pelos tribunais como medida gravíssima, em especial nos casos de detentores de mandatos políticos, por atentar contra a vontade popular expressada no voto. A prova de que o agente público esteja de fato prejudicando a instrução do processo⁷ é de difícil realização, de sorte que o uso da medida é restrito. Por conseguinte, o instituto da indisponibilidade administrativa de bens tornou-se, praticamente, a única⁸ medida hábil de garantia à proteção do erário, em caso de ato de improbidade administrativa. Ela é profícua nos casos em que os agentes ímprobos ainda disponham de patrimônio, uma vez que, em regra, com o início da ação de improbidade ou a simples divulgação do inquérito civil para tal fim, o acusado realiza rápido desfazimento dos “seus” bens, com transferências simuladas a terceiros (familiares e “laranjas”, em muitos casos).

Mesmo diante da inegável importância da medida, o que se tem visto, após 16 anos da vigência da Lei 8.429/92, é que o instituto não tem sido devidamente compreendido e enfrentado em todos os seus pormenores, tanto na doutrina como nos tribunais. E, o que é pior, muitas

³ Constituição Federal. Art. 5º, LV – 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.

⁴ Salvo equívoco de nossa parte, é a primeira legislação brasileira que faz uso do termo “indisponibilidade de bens”. Os outros institutos assemelhados, em várias leis, são, ordinariamente, denominados de arresto e/ou seqüestro de bens. Exemplos: Lei Pitombo – Godói Ilha (Lei nº 3.164/57), Decreto-Lei nº 3.240/41 (ainda vigente) e Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58).

⁵ Expressão que, também, é inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, embora as expressões “probidade administrativa” e “improbidade administrativa” já tivessem sido usadas em algumas legislações anteriores. Ex: Lei 1.079/51, art. 4, V, ‘probidade’, e Dec-Lei 5.452/43 [CLT], art. 482, ‘a’, ‘improbidade’. Somente no Dec-Lei 201/67 (Art. 7º, I) há a expressão completa: “ato de corrupção ou de improbidade administrativa”.

⁶ Art. 20. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

⁷ O único posicionamento que apresenta interpretação mais ampliada quanto ao afastamento cautelar do agente ímprobo, que se tem notícia, é o de Fábio Osório Medina (Improbidade Administrativa, 2ª. Ed., Porto Alegre, Síntese, 1998, p. 242). Sustenta ele: “Não se mostra imprescindível que o agente público tenha, concretamente, ameaçado testemunhas ou alterado documentos, mas basta que, pela quantidade de fatos, pela complexidade da demanda, pela notória necessidade de dilação probante, se faça necessário, em tese, o afastamento compulsório e liminar do agente público do exercício do cargo, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto persistir a importância da coleta de elementos informativos ao processo”.

⁸ O seqüestro de bens, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras referidos no artigo 16 da Lei 8.429/92 não são senão elementos de efetivação da indisponibilidade de bens e não institutos diversos, como veremos adiante.

vezes os juristas têm enfraquecido sua força normativa. O presente artigo propõe-se enfrentar, sem a presunção de esgotar o tema, as principais características e peculiaridades desse importante instituto de combate à corrupção no Brasil, focado em sua importância para a garantia de efetividade no combate à corrupção administrativa. Visa, também, identificar os requisitos necessários para que o pedido de indisponibilidade de bens possa ser requerido, concedido e executado eficazmente de modo a cumprir os objetivos do constituinte e de todos àqueles de defendem o patrimônio público, por meio de medidas judiciais.

2. COMANDO CONSTITUCIONAL, CONCEITO E CONSEQÜÊNCIAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, o legislador constituinte previu sanções àqueles que cometessem atos de improbidade administrativa e, já no texto constitucional (art. 37, § 4º), ao lado das sanções cabíveis, previu a *indisponibilidade*⁹ de bens que, ao contrário dos institutos que a acompanham na lista, não se trata de sanção, mas, sim, de medida judicial de natureza *cautelar*.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte:

[...]

§ 4. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, **a indisponibilidade dos bens** e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (negritos nossos)

Conforme MARIA HELENA DINIZ, “A propriedade é direito que a pessoa física ou jurídica tem dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como o de reivindicar de quem injustamente o detenha” (Código Civil Anotado, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 732). Segundo essa autora, o “Jus disponendi” é o direito de dispor da coisa; é o poder de aliená-la a título oneroso ou gratuito, abrangendo o poder de consumi-la e o de gravá-la de ônus reais, ou de submetê-la ao serviço de outrem. Esses são os elementos essenciais e constitutivos da propriedade, ao lado do direito de usar, gozar e reivindicar.

A medida de *indisponibilidade* de bens não é pretensão final do autor da ação de improbidade, mas, sim, meio pelo qual o requerente poderá garantir o ressarcimento integral do dano ao patrimônio público, a final. Tal medida não encontra conceito legal, eis que a Constituição Federal e a Lei 8.429/92 apenas a enunciam, deixando aos operadores do direito, por meio da hermenêutica jurídica, descobrir seu conteúdo e extensão. Sobre a natureza e o fim da medida de indisponibilidade de bens, precisa é a lição de ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI:

⁹ Segundo De Plácido e Silva, indisponibilidade, “no sentido jurídico, exprime a qualidade atribuída às coisas que, sob o encargo ou ônus de inalienabilidade, não podem ser vendidas ou alheadas sob qualquer pretexto.” (Vocabulário Jurídico, 16.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 427).

[...] Trata-se de providência de natureza acautelatória [...]. Esse provimento judicial – convém ressaltar – não constitui um fim em si mesmo, apresentando caráter meramente instrumental e preparatório, posto que objetiva assegurar o integral ressarcimento do erário público desfalcado, perdurando enquanto a ação principal estiver pendente ou até perder a eficácia caso esta não seja intentada no prazo legal.¹⁰

A medida de indisponibilidade de bens é, portanto, medida de natureza processual *cautelar*, determinada pelo juízo competente, em processo cível de apuração de improbidade administrativa, visando garantir o cumprimento do pedido de aplicação de sanções de natureza pecuniária aos agentes ímprobos que figuram no pólo passivo da ação. O ato judicial que decreta a indisponibilidade de bens é decisão interlocutória, nos termos do artigo 163, § 1.º do CPC. Portanto, recorrível à instância superior por meio de agravo¹¹.

A medida não se equipara à hipoteca ou ao penhor. Não constitui direito real sobre coisa alheia, por ausência de tal referência em lei (em especial no título próprio, no Código Civil de 2002), mas traz em consequência o impedimento para que haja nova gravação de ônus ao bem (vide conceito do *jus disponendi* acima). Ao contrário do bem hipotecado, que pode mudar de proprietário, o bem indisponível permanece com o mesmo proprietário, aguardando o desfecho do processo judicial. O gravame da indisponibilidade sobre o bem não o torna impenhorável. A penhora por outro credor pode realizar-se para fins de registro de expectativa de direito, gerando uma lista de preferência entre demais credores. Diz-se *expectativa*, porque o bem marcado pela indisponibilidade não é adjudicável, nem arrematável por outros credores, porque esses atos importam em mudança de propriedade e desrespeito à medida acautelatória. A penhora de terceiros sobre o bem indisponível, eventualmente, ser-lhes-á útil somente nos casos de revogação/cassação judicial da medida, ou se apurar, *a posteriori*, que o valor do bem supera a soma das condenações pecuniárias que vier sofrer o agente ímprobo. Neste último caso, os demais credores buscariam apropriar-se legalmente do valor remanescente.

3. OBJETIVO DA MEDIDA – RESULTADO ÚTIL

A indisponibilidade dos bens do agente a quem se imputa um ato de improbidade administrativa, no tocante ao patrimônio do requerido, visa a que ela seja utilizada, ao final, para que se alcance a indenização ao erário, tanto no plano material como no plano moral. Ou seja, o decreto judicial de indisponibilidade dos bens dos réus na ação de improbidade é medida de natureza acautelatória destinada a garantir um **resultado útil** ao final da ação de improbidade, conforme muitas vezes expressado pelo Tribunal de Justiça de Goiás, a exemplo da ementa do julgado abaixo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LIMINAR DE **INDISPONIBILIDADE DE BENS. VISANDO A GARANTIA DO EFEITO ÚTIL AO PROCESSO, NA HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO DOS INDICIADOS RESPONSÁVEIS POR RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, DEMANDADOS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CONSTI-**

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.). *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. In Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens na Lei 8.429. Editor Malheiros, São Paulo: 2003, p. 184.

¹¹ Neste sentido, RMS 17619/SC, Rel. Min. Humberto Martins, T2, j. 24.04.07, DJ 09.05.2007 p. 227.

TUI ATO LEGAL E LEGÍTIMO, A MERECER CONFIRMAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. 2.^a Câ. Cível. DJ 12541 de 24/04/1997. Acórdão de 01/04/1997. Rel. Des. Jalles Ferreira da Costa. Agravo de Instrumento 11322-0/180. Comarca de Goiânia. Agravante :Milton Vieira Ramos. Agravado: Ministério Público.

No mesmo sentido, a lição de CARLOS VELLOSO, ex-ministro do STF:

[...] **assegurando o resultado útil do processo**, estará a medida, na verdade, garantindo a efetividade de outros princípios constitucionais de idêntica relevância, a saber: o primado da “universalidade da jurisdição” que tem na função cautelar, mais que uma tutela das partes, um mecanismo de garantia de si mesma da jurisdição, isto é, da plenitude do exercício da função típica do Poder Judiciário, e, ainda, o princípio da função preventiva da jurisdição, insculpido no art. 5.^o, XXXV, da Constituição Federal, onde se lê que “à lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹² (negritos nossos)

4. PREVISÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As *sanções* previstas no comando constitucional acima referido (art. 37, § 4.^o) encontraram resposta no artigo 12 da Lei 8.429/92, enquanto que o comando constitucional da *indisponibilidade* de bens, ao nosso sentir, foi atendido através do artigo 7.^o e, também, do artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa. Vejamos:

Art. 7.^o Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, **cabará à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.**

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. (negritos nossos)

O art. 16 da mesma Lei, por seu turno, impõe a decretação do seqüestro dos bens dos implicados, havendo fundados indícios de responsabilidade. Dispõe o citado artigo:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. (negritos nossos)

§ 1.^o O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 a 825 do Código Processo Civil.

§ 2.^o Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no

¹² BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *A indisponibilidade de Bens na Lei 8.429, de 1992. In Improbidade Administrativa : questões polêmicas e atuais.* Editor Malheiros. São Paulo: 2003, p.121

exterior, nos termos das leis e tratados internacionais.

GEORGE SARMENTO traz a lume importante lição do Ministro HÉLIO MOSIMANN, do STJ, acerca da discussão entre arresto e/ou seqüestro na lei de improbidade, *verbis*:

A doutrina tem perdido muito tempo discutindo o tipo de ação cautelar adequada. Seqüestro? Arresto? Indisponibilidade dos bens? Tanto faz. Tal debate não tem razão de ser. Não importa o caminho: o importante é que os bens do acusado sejam a garantia de ressarcimento dos prejuízos sofridos pela Fazenda Pública.

O Ministro HÉLIO MOSIMANN, do STJ, reforça este ponto de vista, ao asseverar:

Chame-se arresto ou seqüestro, a medida acautelatória é aquela de natureza especial prevista no art. 16 da Lei nº 8.429/92, que deve prevalecer sobre a geral. Pouco importa a denominação que se lhe queira dar. O essencial é a observância dos requisitos necessários, havendo indícios de responsabilidade de que o agente tenha enriquecido ilícitamente (art. 16) ou recair sobre o acréscimo patrimonial daí resultante. (STJ – 2.^a Turma – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6.182/DF – Rel. Min. Hélio Mosimann – DJ de 01.12.1997, p. 62.700).¹³

Acrescenta o autor que, apesar das opiniões em contrário, “o arresto, seqüestro, penhora e busca e apreensão são espécies de indisponibilidade de bens” (ob. cit. p. 164), conceito com o qual concordamos, acrescentando-se à lista a figura do *bloqueio de bens*.

Indisponibilidade de bens é gênero do qual as figuras do arresto e do seqüestro são espécies, dentre outras, respeitadas as posições em contrário¹⁴.

Tem-se a convicção de que, para que se tenha o contorno jurídico-legal acerca da indisponibilidade na lei de improbidade administrativa, é necessária uma interpretação conjunta do artigo 7º e 16, à luz do comando constitucional. É o que abordaremos nas seções seguintes.

5. VINCULAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA REPRESENTAR AO MP

Nos termos do artigo 7º, é ato vinculado¹⁵ da autoridade administrativa (“cabrerá”), em

¹³ SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre: 2002, p. 164.

¹⁴ Entre elas, mas não totalmente divergente nos efeitos decorrentes do seqüestro, é a posição de Ernane Fidélis dos Santos que, em artigo, entende que a figura do seqüestro na Lei 8.429/92 assemelha-se ao seqüestro conservativo do direito italiano e que “A medida cautelar [seqüestro], conforme disciplinada na Lei 8.429/92, não tem qualquer veiculação, com outras previstas na legislação brasileira. Neste caso, assim como na Itália o termo *seqüestro* é usado, genericamente, como apreensão de bens para finalidades diversas, pode-se tipificar, com as mesmas características, medida cautelar e distinta e específica, sem importarem os fins a que se destina”. (Aspectos Processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In Sampaio, José Adércio Leite (org.), Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 113).

¹⁵ “Os atos vinculados ou regrados são aqueles em que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções. Ela estabelece os requisitos para a prática do ato, sem dar ao administrador liberdade de optar outra forma de agir” (Marinela, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador, Editora Juspodivm, 2007).

procedimento administrativo-disciplinar, representar para que o Ministério Público pleiteie a decretação da medida de indisponibilidade. É comando expresso. Não há imposição na lei de qualquer condição para que a autoridade administrativa condicione sua conduta a qualquer juízo, quando da necessidade da medida, parecendo clara a posição do legislador para que a avaliação da oportunidade e a avaliação da necessidade da medida caibam ao Ministério Público¹⁶.

E, havendo o *parquet* formado sua *opinio* sobre a existência do requisito legal, também ele fica vinculado a requerer ao juízo competente a decretação da indisponibilidade. A *opinio* do *parquet* se funda na verificação da justa causa para a medida que poderá se efetivar, nos termos da Lei 8.429/92 e do CPC, perante o Poder Judiciário.

Repita-se, *indisponibilidade*, entendida em sentido amplo, abrange, como vimos, o seqüestro, o arresto, e a busca e apreensão.

6. FUNDADOS INDÍCIOS DE RESPONSABILIDADE COMO ÚNICO REQUISITO

Recorrendo-se à lei para se saber qual o requisito para o seqüestro, encontra-se no artigo 16 a oração: “Havendo fundados indícios de responsabilidade”.

Há definição legal de indícios no ordenamento jurídico brasileiro, encontrável no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), Título VII, “Das Provas”, em seu artigo 239, nos termos seguintes:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com outro fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

MIGUEL REALE JÚNIOR, na mesma linha, define que indícios “são elementos conhecidos da realidade, a partir dos quais, em trabalho dedutivo-indutivo e segundo os dados da lógica, alcança-se a descoberta de fato não conhecido diretamente” (A versão e a lógica. *Jornal Folha de São Paulo*, de 06.05.2001, A3, *apud* SARMENTO, GEORGE, op. cit. p. 165).

Há, como visto, expressa disposição legal que, para o seqüestro de bens daquele que figura como réu em ação de improbidade administrativa, bastam fundados indícios da sua responsabilidade. Os elementos necessários à existência de responsabilidade civil, em regra, são o dano, a conduta, o resultado e o nexa causal. Portanto, há de haver, de forma aditiva, indícios da existência do dano ao patrimônio público (ainda que somente o dano ao patrimônio imaterial), da existência da conduta do agente (ainda que indireta ou na condição de beneficiário do ato), indícios do nexa causal entre a conduta do agente, a realização do dano e o resultado dessa conduta (dolosa, culposa ou sem culpa, no caso do beneficiário de boa-fé), o resultado de seu enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, violação aos princípios constitucionais, ou, ainda, o

¹⁶ Carlos Frederico Brito dos Santos parece alinhar-se a este entendimento quando enuncia que o seria “o único legitimado para tanto”, isto é para peticionar ao juízo a providência cautelar de indisponibilidade de bens. (Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei n.º 8.429/92, 2.ª ed. rev. atual., ampl. e com jurisprudência. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 273). Porém embora não cumprindo o fim do legislador, não há óbices que a pessoa jurídica lesada que tem legitimidade para o ajuizamento da demanda principal, postule, por meio de sua procuradoria o pedido judicial de indisponibilidade de bens. Pedro Roberto Decomain, ressaltando a legitimidade concorrente do ente, registra esta possibilidade sem fazer restrições. (Improbidade Administrativa, São Paulo, dialética, 2007, p. 275)

enriquecimento do beneficiário de boa-fé, mas decorrente de ato de improbidade.

Para que o magistrado decrete a indisponibilidade de bens, quase sempre em fase preparatória, deve ele, por meio da cognição sumária dos elementos de prova trazidos pelo autor, fazer um juízo de probabilidade de que os requeridos responderão civilmente pelos danos que direta ou indiretamente, ao que tudo evidencia no momento da decisão, foram causados ao erário. Em sua necessária fundamentação deve valer-se das regras de experiência e dos elementos de prova trazidos pelo autor e, por meio de um raciocínio lógico, inferir que a medida protegerá o patrimônio público. Em eventual caso de dúvida, deve decidir em favor do Poder Público, pela aplicação do princípio *in dubio pro societate*, mesmo porque nenhum caso de indisponibilidade de bens importa em irreversibilidade da medida. É a ausência de perigo de mora *in reverso*.

Os referidos “fundados indícios de responsabilidade” são, outrossim, o “*fumus boni juris*” previsto em regra para a concessão de toda medida cautelar. Lembrando-se de que, consoante Vicente Greco Filho, “o *fumus boni juris* não é um prognóstico de resultado favorável ao processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas, simplesmente, um juízo de probabilidade, perspectiva essa que basta para justificar o asseguramento do direito”.¹⁷ Neste sentido:

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mantendo seqüestro concedido em medida cautelar, asseverou que não é a possibilidade de sucesso da demanda principal que o justifica, mas a ‘fundada suspeita de malversação e de munificiência com o dinheiro público, pois se a lei de regência busca um juízo de certeza na ação principal, com relação ao provimento cautelar, contenta-se com a simples dúvida. (3.^a Câ. de Direito Público, AgI 92.762-5/3-00, São Paulo, Rel. Des. Rui Stoco, 6-4-1999, v.u., RT 764:113), *apud* MARTINS JÚNIOR, WALLACE PAIVA, *Probidade Administrativa*, 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 442.

Entendemos que o legislador ordinário, ao exigir somente a existência de “fundados indícios” para a concessão do seqüestro, em cumprimento ao mandamento do constituinte de defender o patrimônio público por meio da indisponibilidade de bens nas ações de improbidade, inovou no ordenamento jurídico, dispensando a presença de todas as hipóteses do artigo 813, I a III do CPC (condições para o arresto) que seriam aplicáveis em regra ao seqüestro por força do artigo 823 do CPC.

O legislador ordinário estabeleceu essa regra de maior garantia ao erário em caso de seqüestro. Entendemos a bem do cumprimento do mandamento constitucional da indisponibilidade do bem, ser cabível a interpretação extensiva para que sejam os requisitos para o seqüestro (espécie) os mesmos necessários para a indisponibilidade (gênero), pois esta só tem referência expressa no ordenamento jurídico na Lei de Improbidade Administrativa, não sendo esperado do legislador ordinário um rigorismo científico de defini-la com todas as suas características nesse diploma.

Portanto, o *fumus boni iuris* para a concessão da medida de indisponibilidade de bens (gênero) e também todas as suas espécies (arresto, seqüestro, bloqueio de bens e busca e apreensão) é a existência de “fundados indícios de responsabilidade” civil do agente. Para nós,

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18^o ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

único requisito para a decretação da indisponibilidade, já que não vemos como necessária a prova do *periculum in mora*.

Alguns renomados autores têm se posicionado no sentido de que, para o decreto da indisponibilidade de bens na ação de improbidade, o *periculum in mora* é presumido, posição que, na teoria e muito mais na prática, aproxima-se da nossa. Trouxemos à colação lições de alguns. Vejamos:

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR tem posição completa sobre o assunto, abordando também a questão do *fumus boni juris*:

Razoável o argumento que exonera a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para a concessão da indisponibilidade dos bens, apesar das opiniões contrárias. Com efeito, a lei presume estes requisitos ao autorizar a indisponibilidade. Porquanto a medida acautelatória tende à garantia da execução da sentença, tendo como requisitos específicos evidências do enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, sendo indiferente que haja fundado receio de fraude ou de insolvência, porque o perigo é insito aos próprios efeitos do ato hostilizado. Exsurge, assim, a indisponibilidade como medida de segurança obrigatória nessas hipóteses. (Probidade Administrativa, 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 442)

O mestre JOSÉ ROBERTO SANTOS BEDAQUE, Desembargador do TJSP e renomado processualista, sobre os requisitos da indisponibilidade, assim se posiciona:

A indisponibilidade, segundo expressamente determinado pelo legislador, está restrita ao valor do causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Isso significa que a tutela cautelar em questão deve ser requerida com esse fundamento. Necessita a parte deduzir o valor do suposto dano ou do acréscimo patrimonial e pleitear a indisponibilidade sobre bens suficientes ao ressarcimento a ser decidido em outra sede.

Corresponde tal requisito à verossimilhança do direito, pois o requerente deve demonstrar plausibilidade de suas afirmações, apresentando dados concretos sobre os prejuízos causados pelo réu. Imprescindível, pois a vinculação entre o valor do prejuízo e o dos bens tornados indisponíveis. Em compensação, desnecessário o perigo de dano, pois o legislador contenta-se com o *fumus boni iuris* para autorizar essa modalidade de medida de urgência. Essa solução vem sendo adotada pela jurisprudência (43). Identificam-se, portanto, como características da indisponibilidade prevista no art. 7.^o: está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano. O legislador dispensou esse requisito, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento ao patrimônio. [...] 43. Para a concessão da liminar nas ações movidas contra os agentes públicos por atos de improbidade administrativa, com fundamento nos casos mencionados nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429, de 1992, basta que o direito invocado seja plausível (*fumus boni juris*), pois a dimensão do provável receio de dano (*periculum in mora*) é dado pela própria Lei 8.429 e aferida em razão da alegada lesão ao patrimônio da Administração Pública (cf. TJPR, 4.^a C. AI 15.688, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. 13.9.1999, v.u. RT 759/319). (Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade

Administrativa, p. 127 e 128, in Bueno, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, Improbidade Administrativa, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003).

ROGÉRIO PACHECO ALVES, na companhia de JOSÉ ROBERTO SANTOS BEDAQUE, posiciona-se de igual forma à que estamos sustentado:

Quanto ao *periculum in mora*, parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7.º da Lei de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano. Neste sentido argumenta Fábio Osório Medina que “O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário”, sustentando, outrossim, que “a indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz conseqüência jurídica do processamento da ação, forte no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente furtar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal. **Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano. Deste modo, em vista da redação imperativa adotada pela Constituição Federal, art. 37, § 4.º e pela própria Lei de Improbidade (art. 7º), cremos acertada tal orientação, que se vê confirmada pela melhor jurisprudência**” (Improbidade Administrativa, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 829/830). (Negritos nossos)

Também Tribunais Pátrios têm caminhado no sentido de reconhecer que, no caso de ação de improbidade, a indisponibilidade de bens tem como requisito tão-somente o *fumus boni juris* previsto antecipadamente pelo legislador como “fundados indícios de responsabilidade”. Neste sentido:

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

[...] exurgindo dos autos de ação civil pública provas convincentes da improbidade administrativa, pode o Juiz determinar, a requerimento do autor, a indisponibilidade dos bens dos requeridos à vista do *periculum in mora* insito no art. 7.º da Lei 8.429/92, devendo contudo guardar proporcionalidade com a reparação civil perseguida. (1ª Câmara, AgI 8.324, Paramatinga, Rel. Des. Orlando de Almeida Perri, 20-4-1998, v.u., RT 759:319).

No mesmo sentido, também do TJMT, 3.ª Câmara Cível, AgI 10.786, Rel. Des. Ernani Vieira de Souza, 9-2-2000, v.u. RT 781:339.

E, por todos,

Assim, ainda que não desconheça respeitável corrente jurisprudencial em contrário, desnecessário aguardar que o envolvido em improbidade administrativa comece a dilapidar seu patrimônio para, só então, promover o ajuizamento da medida de indisponibilidade de bens. Tal possibilidade tornaria a medida inócua e enfraqueceria o objetivo do legislador que, com já salientado, é reprimir e punir com rigor os atos de improbidade administrativa e assegurar a eficácia da decisão final, impedindo

seja frustrada sua execução, se, porventura ficar reconhecida a responsabilidade dos réus. O ‘periculum in mora’ emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, e do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário, ficando a decretação da medida sujeita ao prudente arbítrio do Magistrado. [...] O bloqueio dos bens dos envolvidos não implica em violação de direitos individuais. O direito de propriedade comporta limitações decorrentes da própria vontade do titular ou da lei, caso dos autos. Em se tratando de indisponibilidade, o proprietário mantém os poderes de posse, uso e gozo, só não podendo dispor de seus bens. Presente, pois, o requisito do ‘periculum in mora’ que, reitera-se, no caso é presumido. O autor da ação propõe-se demonstrar os prejuízos que teriam sido causados pelo agravante e pela co-ré. E há indiscutível necessidade de que seja profícua a garantia para a obtenção de resultado concreto na ação proposta, ou seja, que se garanta venha a ser recuperado o patrimônio da entidade de administração indireta do Município, se realmente lesado. Há, portanto, razoáveis elementos para o deferimento do pedido de indisponibilidade dos bens. E o recorrente está sujeito à medida, consoante o que estabelece o § 4.º do artigo 37 da Constituição Federal e o artigo 7.º da Lei n. 8.429/92 [...]. TJSP, 9ª Câm. de Direito Público, AgI 149.514-5/1, São Paulo, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, 21-6-2000, v.u.).

Esta posição protetiva em favor do erário indicada na Lei de Improbidade Administrativa não é única no ordenamento brasileiro. O Decreto-Lei nº 3.240, de 1941, ainda em vigência, sujeita a seqüestro os bens das pessoas indiciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública. Esse *seqüestro* não tem os mesmos requisitos de igual medida processual prevista no Código de Processo Penal, mas tem por finalidade obter o ressarcimento ao erário, tal qual a indisponibilidade na Ação de Improbidade Administrativa. Como se vê nos artigos abaixo destacados, também se exige somente a existência de *fumus boni juris*, caracterizados sob a forma de “indícios veementes da responsabilidade” (que é quase a mesma redação contida na lei de improbidade).

Decreto-Lei nº 3.240/41:

Artigo 3.º. Para a decretação do seqüestro é necessário que haja **indícios veementes da responsabilidade**, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação dos bens que devam ser objeto da medida. (negritos nossos)

Artigo 4.º O seqüestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquiridos dolosamente, ou com culpa grave.

Igualmente aliada à defesa ao erário é também a previsão da hipoteca legal sobre os bens dos agentes públicos, nos termos do Código Civil, abaixo destacado. Nele sequer há previsão de qualquer indício de irregularidade para a previsão da medida, para que se garanta para a fazenda pública, direito sobre o bem de seus agentes.

Código Civil de 2002:

Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

I – às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis

pertencentes aos encarregados de cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II – aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias antes de fazer o inventário do casal anterior;

III- ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para a satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV – ao co-herdeiro, para a garantia do seu quinhão ou torna na partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V – ao credor sobre o imóvel arrematado, para a garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

Acerca da vulnerabilidade do Estado e a necessidade de protegê-lo de forma diferenciada, arguta é a colocação de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, no trecho de sua obra em que comenta a hipoteca legal sobre os bens de agentes públicos prevista no artigo 827 do Código Civil de 1916, de redação assemelhada.

As pessoas jurídicas de Direito Público são representadas pelos seus administradores, os quais, por elas, gerem seus negócios. E é nesse mesmo sentido que se costuma dizer que **a Fazenda Pública é equiparada, quanto à sua posição jurídica e encarada como pessoa civil, aos menores e incapazes – *res publicam ut pupillum extra ordinem juvari moris est, justificando-se, por isso, a hipoteca legal que a lei lhe confere sobre os imóveis dos tesoureiros, etc.*** Até mesmo porque, não podendo por si administrar os bens próprios, é obrigada a confiá-los à administração de outros, que agem em seu nome e interesse, por força de representação, garantindo a lei esses direitos pertencentes a tais pessoas, por serem eles destinados a serviços públicos, o que explica porque a lei não outorga também a hipoteca legal em se tratando de pessoa jurídica de direito privado. (Código Civil Brasileiro Interpretado, 18.^a ed., vol. X, Rio de Janeiro e São Paulo, Freitas Bastos, 1961, p. 431) (negritos nossos)

Enfim, é esta posição de vulnerabilidade da Fazenda Pública que justifica seu tratamento privilegiado para se prevenir contra os corruptos de toda sorte. De modo que acertada é a posição da doutrina e dos julgados colacionados no sentido de que bastam os “indícios fundados de responsabilidade” para o decreto da indisponibilidade de bens. E aceitável também é a posição daqueles que se inclinam no sentido da suposição de um perigo na demora presumida, raciocínio que mais se mostra ser feito para o fim da respeitável preocupação dos autores em, numa visão sistemática, não aceitar uma medida cautelar que prescindia de um dos dois requisitos das cautelares em geral.¹⁸

Desnecessário, outrossim, exigir prova de que os requeridos estejam na iminência de dilapidar seu patrimônio, gravá-los de quaisquer ônus, transmitir ao nome de terceiros, ou qualquer das hipóteses previstas no artigo 813 do CPC (aliás, este artigo, no inciso IV, além da enumeração exemplificativa, estende a concessão da medida para os “demais casos expressos

¹⁸ Não nos olvidamos de reconhecer também haver autores de renome que não dispensam nem o *fumus boni iuris*, tampouco o *periculum in mora*, para o decreto da indisponibilidade de bens em tela. Neste sentido Fazzio Júnior, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo, Atlas, 2007, p. 276.

em lei”). Ora, se o próprio arresto do CPC prevê a possibilidade de sua aplicação em hipótese que venha a ser prevista em lei, a indisponibilidade de bens, de que se cuida neste trabalho, muito mais poderá valer-se, tão-somente, dos dispositivos da lei especial que a concretizou, em razão de seu berço constitucional, sem depender do CPC para completar-lhe o sentido.

Aparentemente, os Ministros do STJ sentem-se em dificuldade em aceitar a existência de uma medida cautelar que possa ser legalmente aplicada prescindindo da ocorrência do *periculum in mora*, a ponto de, em caso determinado, anular um julgamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por não tê-lo analisado¹⁹. Contudo, conferindo suas decisões, observamos que, embora não admitam a desnecessidade de prova do *periculum in mora*, por muitas vezes não apontam, nas decisões, os fatos nos autos que o caracterizam, ou apontam fatos que não são, em verdade, configuradores do requisito. Interessante verificar o conteúdo das decisões e ementas proferidas em REsp 220.088/SP²⁰, AgRg no REsp. 731108/PR²¹, REsp 958582/MG,²² e no REsp 956039/PR²³.

7. INDISPONIBILIDADE DE TODOS OS BENS DO ADMINISTRADOR ÍMPROBO

Há no Superior Tribunal de Justiça duas decisões da 1ª Turma (Relator o Ministro José Delgado, AgRg no REsp 422583/PR, julgado em 20.06.2002, publicado em 20.06.2002 DJ 09.09.2002, p. 175, e RTSJ vol. 161 p. 54; e o AGREsp nº 433.357/RS, julgado em 17.09.2002, publicado no DJ de 21.10.2002, p. 295), nas quais se consignou que a “indisponibilidade de bens, para os efeitos da Lei n.º 8.429/92, só pode ser efetivada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade”. *Data venia*, foram equivocadas tais decisões, como esclareceremos adiante.

¹⁹ REsp. 905.035/SC, Rel. Min. Castro Meira, T2, j. 04.09.2007. “1. O fato de ser admitida a petição inicial da ação de improbidade não gera presunção de que o réu irá desviar ou dilapidar seu patrimônio a ponto de dispensar a necessária configuração do *periculum in mora* para o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens. 2. Acórdão que entendeu desnecessária a análise acerca do *periculum in mora* para a concessão da liminar é nulo.” São citados os precedentes do REsp 469.366/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02.06.2003 e o REsp 731109/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.03.2006.

²⁰ REsp 220.088/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, T2, 02.08.2001, DJ 15.10.2001 p.255, RSTJ vol. 150 p. 194. “2. Evidenciadas a relevância do pedido de indisponibilidade dos bens do recorrente e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, devido à escassez dos referidos bens, não havia como negar a liminar pleiteada”.

²¹ REsp 731109/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, T2, j. 02.02.2006, DJ 20.03.06. “A indisponibilidade de bens prevista no art. 7.º da Lei n. 8.429/92 depende da existência de fortes indícios de que o ente público atingido por ato de improbidade tenha sido defraudado patrimonialmente ou de que o agente do ato tenha-se enriquecido em consequência de resultados advindos do ato ilícito.”

²² REsp 958582/MG, Rel. Min. José Delgado, T1, j. 06.03.2008, Dje 04.08.2008. “há de ser aplicado o art. 7.º da Lei n. 8.429, de 1992, quando em ação de improbidade administrativa há evidente caracterização de que os réus causaram prejuízos aos cofres públicos na ordem de R\$ 26.518.122,51. 2. Necessidade imperiosa de indisponibilidade de bens dos promovidos. Presença de fumaça do bom direito e do “*periculum in mora*”. No voto do relator destaca-se, ainda “Os paradigmas (...) evidenciados pelo MPE/MG são suficientes para demonstrar a inclinação do STJ em manter liminares determinadoras de indisponibilidade de bens quando demonstrada a suficiência de indícios da prática de atos de improbidade administrativa”.

²³ AgRg no REsp 956039/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, T1, j. 03.06.2008, Dje 07.08.2008. “Segundo consta do arresto recorrido, os atos de improbidade administrativa alegados pelo agravado estão, ao menos em tese, configurados, assim como demonstrado está o prejuízo causado aos cofres públicos. Restou evidenciada, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a ensejar o deferimento da liminar para a indisponibilidade de bens do agravante”.

A crítica aos referidos acórdãos provém de vários doutrinadores. Destacamos a posição de ROGÉRIO PACHECO ALVES, em relação ao tema, e sua crítica expressa à decisão de mesmo teor da acima contida, no REsp. nº 196.932-SP, DJ de 10/5/99, como se segue:

“A obrigação de reparar o dano é regra que se extrai do art. 159 do CC, tendo merecido expressa referência por parte do texto constitucional (art. 37, § 4.º) e pela própria Lei de Improbidade (art. 5.º). Trata-se, como visto amplamente no tópico 54 da primeira parte desta obra, de um princípio geral do direito e que pressupõe: a) a ação ou omissão do agente, residindo um elemento volitivo no dolo ou na culpa; b) a constatação do dano, que pode ser material ou moral; c) a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano verificado; d) que da conduta do agente surja o dever jurídico de reparação. Deste modo, verificada, a partir da disciplina contida no art. 10 da Lei nº 8.429/92, a ocorrência de ‘lesão ao erário’ (*rectius*: ao patrimônio público), o acervo patrimonial do agente, presente e futuro (v.g. créditos sujeitos a condição suspensiva ou resolutiva), estará sujeito à responsabilização”. Em nota de rodapé, complementa o autor: “Equivocado, assim, data venia, o entendimento encampado pela 1ª T. do STJ no sentido de que, em se tratando de dano ao patrimônio público, somente os bens ‘adquiridos’ após o ato tido como criminoso’ (*rectius*: “como de improbidade”) poderiam ser objeto de constrição (REsp. nº 196.932/SP, un., DJ 10/5/1999). Restringir a efetividade da reparação do dano de tal forma importa em responsabilizar de modo mais severo aquele que não possui qualquer vínculo com o ente estatal, que responde por seus atos com todo o seu patrimônio”. [Fim da nota]

“Aplicando-se aqui, a regra geral de que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo restrições estabelecidas em lei (art. 591 do CPC). Também o patrimônio do *extraneus* que tenha auferido benefícios da improbidade (v.g.: a pessoa jurídica que se beneficiou de uma licitação superfaturada). O desiderato de “integral reparação do dano” será alcançado assim, por intermédio da decretação da indisponibilidade de tantos bens de expressão econômica (dinheiro, móveis, imóveis, veículos, ações, créditos de um modo geral etc.) quantos bastem ao restabelecimento do *status quo ante*”. (*In Improbidade Administrativa*, 2.ª ed., São Paulo, Lumen Juris, 2004, p. 827/828)

Ainda mais incisiva é a crítica de EMERSON GARCIA à decisão mais antiga, o RMS nº 6.182-DF, Relator designado Min. Adhemar Maciel, 2.ª Turma, julgado em 20/02/97, DJ de 01/12/97. Destacamos o trecho seguinte:

Tal decisão, não obstante o brilho do órgão julgador, caminha em norte contrário a séculos de evolução da ciência jurídica, culminando em afastar o princípio de que o devedor responde com seu patrimônio pelos atos que praticar, importante conquista da humanidade e que afastou a crueldade das sanções corporais preteritamente impostas ao devedor inadimplente. De acordo com esse princípio, tanto os bens existentes por ocasião da causação do dano, que originou o dever de reparar, como aqueles posteriormente adquiridos, ressalvadas as exceções legais, poderão ser penhorados para satisfazer o débito existente. [...] O dever de reparar o dano causado a outrem preexistia à Lei nº 8.429/92, no mínimo desde o direito romano. (*In Improbidade Administrativa*, 2.ª ed., São Paulo, Lumen Juris, 2004, p. 481)

Acrescente-se que a própria Lei nº 8.429/92, embora não precisasse dizer, enfaticamente, destacou no artigo 7º, parágrafo único, sobre quais bens deve recair a restrição, *verbis* :

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá **sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano**, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. (negritos nossos)

Ora, não há distinção para que a indisponibilidade recaia somente sobre os bens adquiridos após os atos de improbidade, sendo regra elementar de hermenêutica que, onde não há distinção na lei, não cabe ao intérprete distinguir.

Portanto, todos os bens do indiciado, presentes ou créditos que venham a receber no futuro, estão sujeitos à medida cautelar que se mostra útil ao ressarcimento.

O Código Civil é claro ao prescrever: “**Art. 391.** Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Também o Código de Processo Civil, de forma cristalina, expressa: “**Art. 591.** O devedor responde, para cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Não há, portanto, excepcionalidade legal prevista para conferir blindagem aos bens do agente ímprobo (sobre a indisponibilidade de bem de família, ver adiante). A decisão de protegê-lo beira ao absurdo, razão por que fomos pesquisar a origem da referida decisão do STJ, que encontrou eco em julgados isolados de alguns outros Tribunais estaduais aplicados em situação muito diversa da que foi julgada no RMS nº 6.182 (95.044473-9) – Distrito Federal.

A olvidada e mais importante característica do RMS 6.182 é o fato de que, ao requerido naqueles autos, João Alves de Almeida – que ficou conhecido como o “anão do orçamento” –, imputava-se o ato ímprobo previsto no artigo 9º, VII da L.I.A., a saber: “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”. Ora, trata-se de um dos raros casos de ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito dentre os previstos no artigo 9º, que não decorre, por si só, em prejuízo ao erário (a não ser o prejuízo ao patrimônio moral do ente público, que sequer foi cogitado naqueles autos).

Portanto, naquele caso específico do RMS 6.182, uma vez que não havia prova de dano ao erário, é que, excepcionalmente, caberia, de fato, reconhecer que os bens adquiridos antes do ato ímprobo imputado estariam excluídos do seqüestro.

Ocorre que uma pequena frase da ementa passou a ser utilizada em outros contextos de ação de improbidade e acabou por angariar decisões em outros tribunais estaduais. Esqueceram que “*Exceptiones sunt strictissimae interpretationes*” (interpretam-se as exceções estritissimamente). CARLOS MAXIMINIANO, em obra clássica, já alertava para os riscos de apontar arrestos sem a devida interpretação.

Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados e o êxito os juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta uma consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões um resumo, simples compilações obtêm esplêndido êxito de livrarias. Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os freqüentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 1951, p. 223)

O patrono da causa, advogado de João Alves de Almeida, o eminente hoje ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO FILHO, que abriu o precedente, anos após a decisão foi convidado a escrever sobre a polêmica decisão. Em artigo, após esclarecimento do contexto em que foi julgado o RMS 6.182, expressou que apenas nos casos de enriquecimento ilícito sem prejuízo ao erário é que se pode cogitar de que a medida de sequestro ficaria restrita aos bens adquiridos posteriormente. Sua conclusão é a que se segue:

61. Óbvio, todavia, que o entendimento supra só vale para os casos em que se imputa ao agente apenas o enriquecimento ilícito, sem se cogitar de dano ao erário, tal como versado no precedente jurisprudencial colacionado (STJ, RMS 6.182). 62. Se a hipótese for de improbidade causadora de lesão aos cofres públicos a indisponibilidade deverá alcançar tantos bens quantos forem suficientes ao ressarcimento do erário, sejam eles adquiridos antes ou depois da prática do ilícito. 63. Tal conclusão, aliás, decorre da literal interpretação do art. 7.º, parágrafo único, da Lei 8.429, de 1992, onde se lê que “a indisponibilidade [...] recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano [...] 7. Conclusões [...] VII No caso de lesão ao erário a indisponibilidade deve recair sobre quantos bens bastem para garantir o ressarcimento do dano, tenham sido eles adquiridos anteriormente ou posteriormente à prática da improbidade”. (“A indisponibilidade de bens na Lei 8.429 de 1992”, p. 127 e 128, *in* Bueno, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, *Improbidade Administrativa*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003)

Felizmente, constatado o erro grave decorrente da interpretação parcial do RMS 6.182 e sua aplicação em outros contextos, já surgiram julgados no STJ no mesmo sentido do posicionamento que ora desenvolvemos. Em nossa pesquisa, encontramos o REsp 439918/SP, 1ª Turma, Relatora a Ministra Denise Arruda, julgado em 03.11.2005; REsp 401536/MG, 1ª Turma, Rel. Denise Arruda, julgado em 06.12.2005; e, também, o REsp 781431/BA, 1ª Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006, cuja ementa, por ser a mais recente, transcrevemos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA LIMINAR. SÚMULA Nº 07/STJ. INDISPONIBILIDADE DE BENS ADQUIRIDOS DEPOIS DA SUPOSTA PRÁTICA DO ATO ÍMPROBO. MONTANTE SUFICIENTE PARA O RESSARCIMENTO DO DANO. DIMENSIONAMENTO. JUÍZO DE ORIGEM.

I – A acusação que pesa contra o recorrente é pela suposta prática de ato de improbidade, no exercício do cargo de prefeito da cidade de Ilhéus-BA, entre os anos de 1993 e 1996, consistente na contratação de pessoal sem a realização de concurso público.

II – Em ação civil pública, com base no conjunto probatório dos autos, foi concedida liminar tornando-se indisponíveis os bens do ex-administrador municipal, no limite da lesão praticada contra o erário público. Para dar relevo à irrisignação do recorrente no sentido de que inexistiriam os requisitos autorizadores da tutela de urgência, Ter-se-ia impositivo o reexame dos elementos fáticos constantes dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior no âmbito do recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ.

III – Deve ser afastada a alegada violação ao artigo 535 do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, deixando claro que a indisponibilidade de bens deveria recair somente sobre o montante correspondente ao dano provocado e à multa civil, entretanto, com dimensionamento oportunamente apreciado pelo juízo de origem.

IV – Consoante o disposto no art. 7.º da Lei nº 8.429/92, a indisponibilidade incidirá sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano ou acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, podendo recair sobre quaisquer bens do agente acusado, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois do ato supostamente ímprobo. Precedentes: AgRg na MC n.º 11.139/SP, FRANCISCO FALCÃO, DJ de 27.03.2006 e REsp n. 401.536/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 06/02/2006.

V – A determinação do Tribunal *a quo*, no sentido de deixar para o Juízo de origem, no momento da efetivação do bloqueio, o dimensionamento dos danos a serem ressarcidos com o fito de delimitar a medida de indisponibilidade dos bens do agente acusado de improbidade vai ao encontro da dicção plasmada no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa, porquanto não determina o bloqueio ilimitado de bens.

VI – Recurso especial improvido. (STJ. REsp 781431 / BA, Rel. Min. Francisco Falcão, T1, D. J. 28/11/2006, DP 14.12.2006, p. 274). (negritos nossos)

Ainda na mesma linha de entendimento, de que a constrição de bens necessários ao ressarcimento integral do dano deve alcançar também os bens adquiridos anteriormente ao ato de improbidade, continuam surgindo novas decisões no STJ, a exemplo da que foi proferida no REsp 762894/GO, Rel. Min. Denise Arruda, primeira turma, j. 24/06/2008, DJ 04/08/2008. Podemos inferir que, a bem da defesa do patrimônio público, aquela corte já efetivamente reverteu o posicionamento anterior, não sendo esperado novos retrocessos neste sentido.

Outrossim, em julgados recentes no STJ, tem surgido a discussão sobre a possibilidade de se colocar em situação de indisponibilidade o *bem de família* do agente ímprobo. No REsp. 806.301/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11/12/2007, **destaca-se:**

[...] a indisponibilidade do *sub examine* atinge o bem de família que, por

força da *mens legis* do inciso VI do art. 3º da Lei de Improbidade²⁴, quer pelo fato de que torna indisponível o bem; não significa expropriá-lo, o que conspira em prol dos propósitos da Lei 8.009/90. 5. *A fortiori*, o eventual caráter de bem de família dos imóveis nada interfere na determinação de sua indisponibilidade. Não se trata de penhora, mas, ao contrário, de impossibilidade de alienação, mormente porque a Lei nº 8.009/90 visa resguardar o lugar onde se estabelece o lar, impedindo alienação do bem onde se exerce a residência familiar. No caso, o perigo de alienação, para o agravante, não existe. Ao contrário, a indisponibilidade objetiva justamente impedir que o imóvel seja alienado e, caso julgado procedente o pedido formulado contra o agravante na ação de improbidade, assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário.

Pela unanimidade ao voto acima, nesse julgamento, os Ministros da Turma fizeram uma interpretação ampliativa do Art. 3º, VI, da Lei 8.009/90, para que a exceção à impenhorabilidade do bem de família valha, também, quando do cumprimento de sentença de ação de improbidade administrativa²⁵. Esta decisão é contrária à outra decisão do STJ que entendeu não haver exceção de impenhorabilidade de bem de família, em se tratando de ação de indenização de ato ilícito (não criminal) – RTJ 104/332. Em alguns julgados²⁶ os Ministros apontam com razão que somente no momento da execução/cumprimento de sentença é que se deve verificar a questão do bem de família, e não quando do decreto de indisponibilidade. Parece-nos difícil sustentar que o bem de família possa ser utilizado para ressarcimento ao erário em ação de natureza civil, dado o caráter excepcional do artigo 3º da Lei 8.009/90. Por outro lado, é bem razoável deixar a análise da impenhorabilidade do bem para o momento da penhora, eis que, entre o decreto de indisponibilidade e a penhora do bem pode se verificar que alteração da situação do bem, ou mesmo haver falsidade na afirmação da condição de bem de família, permutas simuladas de bens, sonegação de bens, etc. ROGÉRIO PACHECO ALVES, bem lembra que,

[...] quando a conduta causadora de dano ao patrimônio público também caracterizar crime – hipótese bastante provável – e desde que haja sentença condenatória penal com trânsito em julgado, incabível será a oposição de impenhorabilidade de bem de família, aplicando-se o art. 3º, VI, da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. (ob. cit. p. 831)

Por cautela, estando diante de ato de improbidade administrativa, deve-se perquirir também a persecução penal, sempre que possível, o que é provável. Valendo-se das medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal, bem como do referido Decreto-Lei 3.240/41, referido neste estudo.

²⁴ Ao que tudo indica, o Ministro Relator quer referir-se ao artigo 3, VI da Lei 8.009/90, que tem a seguinte redação: “Artigo 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VI – por ter sido adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”.

²⁵ Registro, contudo, que o Min. Teori Labino Zavaski, que votou no referido acórdão, mudou de posição no AgRg no Resp 956039, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 03.06.08, Dje 07.08.08, mas foi vencido pelos colegas. Em seu voto-vista, entendeu que o bem de família era impenhorável em ação civil pública de improbidade. Seu voto é sucinto, sem enfrentar os argumentos do Min. Luiz Fux.

²⁶ REsp. nº 478.749/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/11/2003, p. 208: “[...] necessária a verificação dos fatos para a definição do momento em que foram adquiridos os bens cuja indisponibilidade foi decretada; se caracterizam-se como **bem de família**” que é referido também em AgRg no REsp 956039/PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 03.06.08, p. Dje 07.08.08.

8. GARANTIA INTEGRAL DO RESSARCIMENTO DO DANO MATERIAL E IMATERIAL

Acrescente-se que, ao lado da obrigação solidária de reparar o prejuízo ao erário, ao requerido na ação de improbidade pode decorrer responsabilidade pessoal através da aplicação individual de multa civil, nas hipóteses dos incisos I e II, do artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

A aplicação da multa civil, que tem, além do caráter punitivo pessoal do agente ímprobo, também o de prevenção geral²⁷ em toda a sociedade, é uma pretensão legítima do autor da ação de improbidade. Não há razão para que a medida acautelatória de indisponibilidade de bens não busque também garantir o pagamento da multa civil aplicável ao agente ímprobo. Razão há, outrossim, para que a indisponibilidade alcance bens de todos os réus envolvidos no ilícito, em amplitude tal que seja capaz do integral ressarcimento ao erário, aí incluída, a projeção da multa civil aplicável a cada um dos agentes, pela lesão ao bem jurídico imaterial da moralidade da administração pública.

Neste sentido:

A cominação de multa civil pode ser encartada no campo do ressarcimento, destinando-se mais especificamente à reparação do dano imaterial. Em geral, a multa pode revelar timbre coercitivo, com caráter intimidativo, com vistas a compelir alguém à satisfação de uma obrigação. Sob outro prisma, porém, pode a multa assumir uma feição compensatória, ou de reparação civil. É por esse ângulo que se deve compreender a multa civil referida no artigo 12 da Lei 8.429/92.

Juarez de Freitas, a propósito, afirma que a multa civil destina-se à reparação do núcleo moral do dano, pontificando que “o ato de improbidade de quaisquer das espécies sempre poderá acarretar algum dano, ao menos de conteúdo moral, mas certo deve resultar que a multa civil, potencialmente de elevada monta, reúne forças mais do que razoáveis para assumir o lugar deste ‘ressarcimento’ por dano moral. (Costa Neto e Castro, Nicolau Dino, ‘Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais’, p. 373/374, in Sampaio, José Adércio Leite (org.), Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92, Belo Horizonte, Del Rey, 2002)

O efeito útil da medida acautelatória de indisponibilidade é permitir que o autor, ao final da demanda, alcance tudo aquilo que pediu, em toda sua extensão que, no caso da ação de improbidade administrativa, é o ressarcimento pleno de integral do patrimônio público, sob o seu aspecto material e imaterial, aquele, ressarcido através de reparação do dano material, este, através do pagamento das multas civis e demais sanções de caráter personalíssimo.

²⁷ “[...] três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: **compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.** Na primeira função encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *statu quo ante*. [...] Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a idéia de punição do ofensor. [...], persuadindo-o a não mais lesionar. E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa **terceira função, de cunho sócio-educativo, que é a tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito**”. Grifei. (Gagliano, Pablo Stolze et Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, 3.^a ed., vol. III, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 23-24).

9. EVITAR EXCESSO, MAS INCLUIR CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS COMPENSATÓRIOS

Apesar dos vários pontos polêmicos, no tocante à indisponibilidade de bens, um resta pacífico: a indisponibilidade não pode alcançar montante superior à indenização. É da essência do Estado Democrático de Direito o princípio da proibição do excesso que, conforme conclusão de J.J. GOMES CANOTILHO, “Trata-se, afinal, de um controle de natureza eqüitativa que não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do “momento de justiça” no palco da conflitualidade social” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 269).

Na lição de MARLENE FREITAS BUENO, *verbis*:

A medida de indisponibilidade deve ser proporcional ao *quantum* devido a título de ressarcimento, ou seja, não deve exorbitar da pretensão a quantia a ser devolvida ao erário. Para tanto, o Promotor de Justiça fará uma estimativa desse valor”. (Manual de atuação na defesa do patrimônio público. Goiânia, ESMP, 2006, p. 41).

Dificuldade há, entretanto, quando da expedição do decreto da indisponibilidade, para que o juízo possa assegurar-se de que os bens tornados indisponíveis correspondam à projeção do valor indenizável. No tocante aos bens imóveis, às vezes são sub-avaliados nos registros de imóveis. E, outras vezes, os valores apresentados pelo administrador ímprobo não correspondem ao valor de mercado²⁸. Entendemos, outrossim, que, de início, em face da natureza cognitiva sumária no momento da concessão da liminar, não se pode exigir um exame acurado, preciso e milimétrico dos valores dos bens, sendo razoável que se permita ao juiz, de ofício ou provocado por quaisquer das partes, determine avaliação por perito e, *a posteriori*, se for o caso, libere a quantia excedente; ou, ao revés, promova novas medidas para o reforço da garantia.

PEDRO ROBERTO DECOMAIN noticia que, em caso concreto, decidido pelo TJSC, “reconheceu viável a indisponibilidade de todos os bens do requerido, considerando que a respectiva avaliação somente haveria de ocorrer em eventual execução de sentença condenatória²⁹” (Improbidade Administrativa, São Paulo, Dialética, 2007, p. 281). O caso concreto poderia até autorizar o decreto, mas a postergação do momento da avaliação parece-nos equivocada e pode prejudicar tanto o réu como as pretensões do autor. Entendemos que a perícia de avaliação dos bens só deve ser evitada quando evidenciar desnecessária, o que ocorre somente quando a garantia é notoriamente inferior ao prejuízo ao erário projetado.

Outro aspecto de importância é não se olvidar da necessidade de avaliar a extensão do dano aplicando-se a correção monetária, porque

[...] A correção monetária não é *plus* que se acrescenta, mas um *minus* que se evita. Outra motivação não tem e nada mais importa senão em uma mera ma-

²⁸ Os detentores de mandatos eletivos são obrigados a apresentar para o registro de suas candidaturas (Lei 9.504/97, art. 11, §, IV) sua declaração de bens assinada. Todos os agentes públicos também devem apresentar suas declarações de bens, quando de sua posse, e anualmente (Lei 8.429/92 e estatutos de servidores). A experiência mostra que, principalmente por parte de candidatos, nestas declarações geralmente os bens são apresentados sub-avaliados..

²⁹ TJSC. AI n. 9.770, de São José. Rel.: Des. Pedro Manoel Abreu. DJ 10.11.95, p. 9.

nutenção do valor aquisitivo da moeda, que se impõe por razões econômicas, morais e jurídicas, em nada se relacionando com a pena decorrente da mora. (REsp n. 244.296, Rel. Min. César Asfor Rocha, T4, j. 27.06.2000, p. DJ 05/08/2002, p. 345).

Também, não se pode esquecer de que os juros estão compreendidos no pedido, conforme disposição legal: “CPC. Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal, os juros legais”.

Não menos importante é a fixação do termo inicial para a aplicação dos juros e da correção monetária. Em se tratando de ato de improbidade administrativa – ato ilícito por excelência – todo o prejuízo sofrido pelo erário deverá ser calculado a partir da consumação do ato gerador do prejuízo. No caso específico de enriquecimento ilícito isso ocorre a partir da saída dos valores dos cofres públicos. A esse respeito, a legislação é expressa:

Código Civil. Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Código Civil. Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Súmula 54 do STJ “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extra-contratual³⁰”.

Quanto ao índice oficial a ser utilizado para a atualização monetária de dívida, é o IGP-M (Índice Geral de Preços-M, da Fundação Getúlio Vargas – RJ) que tem sido mais acolhido nos tribunais pátrios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Cabível, por sua vez, a utilização do IGP-M, da FGV, para a atualização dos valores, pois o referido índice é um dos que melhor reflete a desvalorização da moeda pela inflação”. Trecho do Voto do Des. Marco Aurélio Heinz (revisor) nos autos nº 70016190373-2006/Cível. Ap. Cível. 08.11.2006. Apelante Indústria e Comércio de Madeiras Zurawski Ltda. Apelado. Município de Entre Rios do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Francisco José Moesch, DJ 3485 em 28.11.06.

Também, resta pacífico o entendimento de que a aplicação da taxa de juros moratórios é de 6% ao ano, até o início da vigência do novo Código Civil (11/01/02) e, a partir dessa data, os juros são de 12% ao ano, conforme artigo 406 do novo Código Civil c/c art. 161, §1.º do Código Tributário Nacional. Neste Sentido:

STJ. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE

³⁰ “Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado de ilícito contratual, por isso que mais freqüentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos. Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei”, enquanto que ilícito contratual é a violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato (Lira, Ricardo Pereira, “Ato Ilícito”, Revista de Direito da Procuradoria-Geral 49/85-86) apud Cavalieri Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p.37). Resta claro, outrossim, que a responsabilidade do agente ímprobo é de natureza extra-contratual, eis que no ato de improbidade há violação direta de uma ou mais normas legais.

INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. JUROS DE MORA. NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE. 1. O entendimento prevalente nesta Corte é no sentido de que “o pagamento de juros moratórios é obrigação de trato sucessivo, incidindo a taxa prevista na lei vigente à época do seu vencimento” (voto-vista proferido pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro no REsp 594.486/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 13.6.2005). Desse modo, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% ao ano, da citação até o advento no novo Código Civil, sendo que a partir de sua vigência devem ser calculados com base no disposto no art. 406 do mesmo diploma legal. Nesse sentido: Edcl no REsp 528.547/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1.^o.3.2004; REsp 594.486/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 13.6.2005; AgRg no Agrg no Edcl no REsp 556.068/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16.8.2004. 2 [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no Ag 686.807/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 13.09/2005)

Código Civil. Artigo 406. Quando os juros moratórios não forem convenionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação de lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Enunciado nº 20, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizado em Brasília, de 11 a 13 de setembro de 2002, com a seguinte redação: “a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, §1.^o, do Código Tributário Nacional, ou seja 1% (um por cento) ao mês.”

Código Tributário Nacional. Artigo 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta, sem prejuízo da imposição de penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1.^o Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Ainda sobre os juros, cumpre registrar, que sua capitalização é vedada no ordenamento pátrio, salvo para as instituições financeiras em regulamentos próprios, restando no Código Civil atual a previsão tão-somente de sua capitalização anual no contrato de mútuo. Apenas na rara hipótese de que o ressarcimento ao erário estivesse associado a um crime praticado antes da vigência do novo código civil é que teríamos a aplicação da capitalização baseado no artigo 1.544 do Código Civil de 1916. Ainda assim, tal capitalização seria aplicável somente até o dia 11 de janeiro de 2003, data de início de vigência do atual Código Civil³¹.

Por fim, ainda no tocante a estimativa do dano ao erário, cumpre destacar um aspecto final quando o pedido de condenação está associado a ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito (art. 6.^o e 9.^o da Lei 8.429/92). Diz o artigo 12, I, da referida

³¹ Neste sentido, a lição de Luiz Antônio Scavone Júnior: “No regime do Código Civil de 1916 eram devidos juros capitalizados de forma composta no caso de liquidação de obrigações decorrentes de responsabilidade civil por ato tipificado penalmente. [...] No âmbito do Código Civil de 2002 não há norma equivalente ao art.1.544 do Código Civil de 1916. Sendo assim, é forçoso concluir que não subsiste a possibilidade de cobrança de juros compostos como regra geral no Código Civil de 2002, até por aplicação do seu art. 591, e, também do art. 4.^o do Decreto 22.626/33, por analogia”. In *Juros no Direito Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 147.

Lei de Improbidade Administrativa que a condenação enseja a “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”. Também neste caso a multa civil pode ser arbitrada pelo juiz em “até três vezes o acréscimo patrimonial”. O que se deve ressaltar é que se o patrimônio do agente ímprobo foi acrescido ilicitamente, aumentou ou gerou frutos civis para o infrator, por certo, também esse aumento e esses frutos civis são *fruits of poisonous tree* (frutos da árvore envenenada – expressão de doutrina utilizada na análise das provas ilícitas, que resume todo um pensamento e que trazemos para aplicação, por analogia, na reparação dos danos decorrentes de atos de improbidade). Pontua-se que os lucros e ganhos, que o agente ímprobo obteve, ainda que de forma honesta (exemplo: obteve dividendos na bolsa de valores com a aplicação do dinheiro público desviado), pela utilização do patrimônio ilicitamente obtido na administração pública, estão maculados, por serem valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio. Por isso, esses acréscimos também devem ser estimados na projeção da condenação. E, por conseguinte, devem ser considerados quando do decreto de indisponibilidade.

10. ALCANCE DA MEDIDA SOBRE TODOS OS RÉUS: AGENTES, CO-AUTORES, PARTÍCIPES E BENEFICIÁRIOS

A responsabilidade civil na ação de improbidade decorre de quaisquer das práticas vedadas (atos ilícitos), previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito), 10 (prejuízo ao erário) e 11 (violação de princípios), seja sob a forma de agente que realiza as condutas típicas ali previstas, seja pela forma de indução, concorrência (co-autoria ou participação), ou da condição de beneficiário do ato ímprobo, nos termos do artigo 3º da L.I.A.

Art. 3.º. As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Exsurge da leitura do artigo supra que, mesmo que o requerido, na ação de improbidade administrativa, tenha apenas induzido ou concorrido indiretamente para a prática do ato de improbidade, a lei o alcança. Ou seja, ainda que tenha se beneficiado do ato, sob qualquer forma, as disposições da lei o alcançam.

Desde que decorra, do conjunto de condutas de todos os réus, prejuízo ao erário a lei impõe responsabilidade a todos, inclusive aos beneficiários, de modo solidário, nos termos do Código de Civil, conforme artigos abaixo referidos. E os que concorreram para o ato ilícito, em qualquer grau, por força desses mesmos dispositivos do Código Civil devem permanecer vinculados à responsabilidade.

Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Não se exclui, outrossim, a necessidade de decreto judicial de indisponibilidade dos bens do requerido na ação de improbidade, ainda que a responsabilidade dele decorra apenas de co-autoria ou participação sem que haja enriquecimento ilícito daquele que concorreu. É que, mesmo no caso desse agente ímprobo, que concorreu para o ato que causou prejuízo ao erário, ele é solidariamente responsável pelo prejuízo causado.

Quanto ao beneficiário do ato de improbidade administrativa que não tenha concorrido para a prática do ato, e que tenha, de fato,³² agido de boa-fé e sem culpa, entendemos que a Lei 8.429/92 o alcança para que promova a devolução do que recebeu e do que se enriqueceu às custas de um benefício indevido. Mas, não incide sobre ele a solidariedade com os demais réus, por falta de concorrência para o ato ilícito. Em caso de devolução, não lhe seria também imputado os juros compensatórios, pois não cometera ato ilícito, apenas enriquecera sem causa³³. Todo este raciocínio, naturalmente, se faz se o benefício recebido tiver valor econômico.

Outra medida, por vezes necessária, é que se peça a desconsideração da personalidade jurídica de empresa beneficiada por ato de improbidade administrativa. A medida, antes prevista

³² Aqui, também, há de haver rigor para não favorecer indevidamente aquele que age com dolo eventual ou culpa, ainda que leve. Um bom paralelo, como exemplo, é o tipo penal da receptação culposa (artigo 180, § 3.º do Código Penal). Se pelas circunstâncias, “pela condição que quem oferece” é esperado que o beneficiado do ato de improbidade, “deve[ss]e presumir-se obtido por meio criminoso”, *in casu*, improbidade administrativa, ele age com culpa. Se o beneficiado do ato de improbidade para o qual não concorreu, na situação retro descrita, é agente público, a quem cabe, por lei, noticiar a irregularidade à autoridade competente (art. 6º da Lei 7.347/86: “o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil [pública]”), e não o faz, ele responderá na condição de beneficiado do ato de improbidade administrativa de terceiro e, por ato próprio de improbidade administrativa por omissão dolosa ou culposa no cumprimento do artigo 6.º da Lei 7.347/86. Confira-se, também, artigo 66 do Decreto-Lei 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais : Deixar de comunicar a autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação. “A falta de comunicação, seja ou não intencional, há de, traduzir uma ofensa aos interesses da administração da justiça. Essa comunicação imposta como obrigação a todo funcionário [...] pode ser qualificada, adotando a denominação de MANZINI, como denúncia profissional [...] A circunstância de não possuírem conhecimentos técnico-jurídico para aferir da natureza da ação cabível não os releva da obrigação, visto como não podem ignorar a lei. (ved: MANZINI – Trat. di Dir. pen., V, p. 610)” FARIA, Bento de. *Contravenções Penais*. Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1942, p. 260/262.

³³ “Cada pessoa tem o seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se uma [pessoa] retira, por ato seu ou não, do patrimônio de outra, para o seu, ou para o de terceiro, ou de seu próprio para o de outrem, algum bem da vida ou parte dele, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é injustificado” (Miranda, Pontes de. Tratado de direito privado, Tomo XXXVI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959 *apud* Moscon, Cleide de Fátima Manica, *In* O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil, Porto Alegre, Síntese, 2003, p. 75). Código Civil, artigo 884. “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Parágrafo único. “Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

com base na doutrina estrangeira do *disregard doctrine*, agora tem tratamento adequado no novo Código Civil, em hipóteses³⁴ que bem se amoldam em regra àquelas existentes em caso de improbidade administrativa, não demandando maiores discussões. Importa lembrar que devem ser alcançados pela medida de indisponibilidade de bens os sucessores dos agentes ímprobos. Sua responsabilidade é expressa em artigo próprio na LIA: “Art. 8.º. O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações até o limite do valor da herança”.

Se o inventário do agente ímprobo falecido não se ultimou, a indisponibilidade é dirigida aos bens do espólio, representados pelo inventariante. Se findo o inventário, serão os próprios herdeiros que figurarão como réus e sujeitos à indisponibilidade, até o limite do valor da herança, nos termos do artigo acima referido. Válidas aqui as considerações feitas acerca do que se enriqueceu ilicitamente de boa-fé ou não. Também válidas são as nossas considerações sobre a fixação do montante a ser devolvido ao erário, se o espólio se constituir de patrimônio muito superior à futura reparação.

11. DO MOMENTO E DO MODO DE SE PLEITEAR A INDISPONIBILIDADE

Não há previsão legal do momento em que deva ser pleiteada a medida de indisponibilidade, tampouco quanto ao modo de pedi-la. Também não há regra expressa exigindo a oitiva da parte contrária, para a concessão da liminar.

Quanto ao momento de sua postulação, a prática e a prudência impõem que seja requerida a medida tão logo presentes os requisitos para sua interposição (Ver item 6 deste trabalho: fundados *indícios* de responsabilidade como único requisito). Esse exame, necessariamente ocorre antes da propositura da ação de improbidade administrativa, pois se ao início da ação tais indícios não estiverem presentes a ação não deverá ser recebida pelo juiz, nos termos do artigo 17, § 8.º da Lei 8.429/92³⁵.

A medida pode ser requerida por meio de ação cautelar preparatória ou como pedido inserto na demanda principal (autorizada pelo artigo 12 da Lei 7.347/86), situações que devem ser avaliadas pelo autor como estratégia para a preservação do sigilo do pedido de indisponibilidade. Não há óbices a que o pedido seja feito após o início da ação, ou somente após a sentença ou acórdão, porém o risco de que o agente aliene seus bens aumenta exponencialmente, e a medida será inútil. Já se registram casos em que os agentes ímprobos desfazem de seus bens diante da confirmação da notícia de que possa haver investigação contra ele³⁶.

³⁴ Código Civil. Desconsideração da personalidade jurídica. “Art. 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Frise-se que foi adotada, neste particular, uma linha objetivista, que dispensa, pois, prova do dolo específico do sócio ou administrador.

³⁵ Redação imposta pela medida provisória n.º 2.225-45, de 04/09/2001 em vigor pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001.

³⁶ Em situação tal como descrita acima, o TJGO confirmou sentença do juízo do primeiro grau, Dr. Fernando de Mello Xavier, da Vara da Fazenda Pública de Itumbiara-GO, que entendeu que o Ministério Público tinha legitimidade para anular compra e venda simulada realizada por agente público investigado em inquérito civil por improbidade administrativa, mesmo não sendo ele ainda devedor ou réu, com vista a dar efetividade a pedido de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa futura e iminente. A nulidade do ato simulado foi decretada, antes mesmo do fim da ação de improbidade administrativa. (TJGO, Autos n.º 200400386881).

Da experiência forense decorre a máxima³⁷ de que o pedido de indisponibilidade deva ser sempre requerido *inaudita altera pars*, sob pena de sua total ineficácia. Se o juiz não está devidamente convencido da existência dos indícios de responsabilidade do agente apontado com ímprobo, deve indeferir o pedido ou oportunizar ao Ministério Público (autor em regra) que melhor instrua o feito, sob pena de indeferimento. Se o autor não tiver elementos suficientes para o convencimento do juízo, quanto à necessidade de indisponibilidade dos bens, deve desistir do pedido, temporariamente, e buscá-los com a melhor instrução do feito, salvo, é claro, se for o caso de agravar da decisão que indeferir a liminar – se ocorrer.

Inadequada, *data venia*, nesta linha de raciocínio, é a conduta do magistrado que, diante de um pedido de indisponibilidade dos bens, *inaudita altera pars*, permite o contraditório prévio à sua decisão. Melhor postura seria a rejeição do pedido, pois nenhuma das duas decisões que tomar depois do contraditório prévio terá utilidade. Cumpre frisar que, enquanto o decreto de indisponibilidade conta, a todo tempo, com a possibilidade de reversibilidade da medida, sem prejuízos maiores ao réu, a rejeição do pedido pode facultar a imediata alienação de todo patrimônio do réu, com dificuldade hercúlea de se restaurar o *statu quo ante*.

Cumpre registrar, também, que a medida de indisponibilidade de bens se faz sempre em favor da administração e em seu benefício futuro. Assim, não há que se cogitar, por consequência, da oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público lesada. As prerrogativas previstas nas Lei 8.437/92³⁸ são em favor da Fazenda Pública. Não contra ela. Neste sentido, TJGO, AI 21.150-6/180 – DJ 06.03.2001 – 1.ª CC – Rel. p/ acórdão Des. Arivaldo da Silva Chaves, referido por ALUÍZIO BEZERRA SILVA (*Lei de Improbidade Administrativa*. 1.ª ed. (ano 2005), 3ª reimpressão. Curitiba, Juruá, 2008, p. 144).

12. CONCLUSÃO

A indisponibilidade de bens é instrumento valioso para que se obtenha a recomposição do patrimônio público lesado. Os agentes ímprobos, por outro lado, até pela prática rotineira de atos antiéticos, estão cada vez mais atentos e tudo fazem para impedir que a indisponibilidade atinja seus patrimônios. Resta aos combatentes da corrupção, na esfera judicial, além de anteciparem ao máximo as condições legais para o decreto da indisponibilidade, fazer pedidos que levem em conta todas as questões esposadas neste artigo, sob pena de desferir golpes de espada em imaginários moinhos de vento. O ressarcimento integral do dano – objetivo único e finalístico da decretação da indisponibilidade de bens – somente será alcançado com pedidos devidamente adequados, abrangentes e oportunos.

³⁷ “[...] máximas da experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação são deduzidos e que, acima desses casos, pretendem ter validade para outros novos” (STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973). *Apud* LOPES, Joao Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 68. “Conceituam-se como noções ou conhecimentos adquiridos pelo juiz, ao longo de sua experiência profissional, social e prática, lastreados na observação de casos particulares segundo o que ordinariamente acontece. Tais noções não decorrem, assim, de estudos teóricos realizados pelo magistrado, mas do que comumente acontece (*id quod pelrumque accidit*). [...] as máximas da experiência desempenham importante papel na prestação jurisdicional, representando instrumento útil e valioso para o esclarecimento dos fatos da causa”. (id. *ibidem*, p. 60/70).

³⁸ Lei n. 8.437, de 30 de Junho de 1992, “Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências”.

13. ABSTRACT.

This study concerns the untransferability of assets belonging to persons involved in administrative acts of improbity by means of judicial injunction, as authorized by the Constitution (Art.37, §4º) and the federal law (nº 8.249/92). The concept of the matter is shown as well it's doctrinaire and judicial controversy. The author's interpretation is rooted on the constitutional and administrative principle of morality and suggests pragmatic means of enforcing the law.

Key words: *The principle of morality and the public administration. Administrative improbity. Untransferability of assets. Preventive judicial injunction.*

14. REFERÊNCIAS.

- ALVES, Rogério Pacheco; e GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 2.^a ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- BEZERRA FILHO, Aluizio. *Lei de Improbidade Administrativa*. 1.^a ed. (2005), 3.^a reimpressão. Curitiba, Juruá, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto Santos. *Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa*, in BUENO, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, *Improbidade Administrativa*, 2.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- BUENO, Marlene de Freitas (org.). *Manual de atuação na Defesa do Patrimônio Público*. Goiânia, Escola Superior do Ministério Público de Goiás, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 1997.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006.
- COSTANETO E CASTRO, Nicolau Dino. *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais* in SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 16.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo, Dialética, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- FARIA, Bento de. *Contravenções Penais*. Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1942.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Corrupção e Democracia*. In: ZILVETE, Fernando Aurélio, e LOPES, Sílvia (coordenadores). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo, Atlas, 2004.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo, Editora Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 18.^a ed., Rio de Janeiro e São Paulo, Freitas Bastos, 1961.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração*. São Paulo, Editora Malheiros, 2007.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *O conteúdo dogmático da moralidade administrativa*.

São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V. 3, 18ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Comentários acerca da Indisponibilidade de Bens Prevista na Lei 8.429, de 1992* in BUENO, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, *Improbidade Administrativa*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

LOPES, João Batista. *A Prova no Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador, Editora Juspodivm, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed., Porto Alegre, Editora Síntese, 1998.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOSCON, Cleidi de Fátima Manica. *O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre, Síntese, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3ª ed. – 2ª reimpressão. São Paulo, Atlas, 2007.

BILAC Moreira PINTO, Francisco. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1960.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*. 2ª ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre, Editora Síntese, 2002.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário da Silva. *A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.429, de 1992*, in BUENO, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, *Improbidade Administrativa*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.



INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E IDEOLOGIAS: O ESCOPO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lúcio Delfino¹
Fernando Rossi²

Resumo:

O artigo evidencia a íntima relação entre *atividade jurisdicional* e *interpretação jurídica*. Quando se considera a *interpretação jurídica* como um elemento – *elemento variável ou histórico* – característico da *jurisdição*, torna-se mais claro o porquê das dificuldades sempre encontradas pela doutrina para conferir uma perfeita definição à última. Ademais, esse trabalho pretende demonstrar que a *jurisdição* não mais se prende a uma tarefa simplesmente ordenadora. No Estado Democrático de Direito, seu escopo supera essa sua função primária, norteando-se a contribuir para a consecução das promessas substanciais contidas na Constituição Federal (função transformadora).

Palavras-chave: Jurisdição. Interpretação. Estado Liberal. Estado Social. Estado Democrático de Direito. Ordenadora. Função Transformadora.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. As influências do Estado Constitucional Liberal, do Estado Constitucional Social e do Estado Democrático de Direito na interpretação jurídica – 2.1. Considerações iniciais – 2.2. Os contornos elementares do Estado Constitucional Liberal e a sua influência na interpretação jurídica – 2.2.1. Do Estado Absolutista ao Estado Liberal na França – 2.2.2. As bases ideológicas do Estado Constitucional Liberal – 2.2.3. A interpretação jurídica no Estado Constitucional Liberal – 2.3. Os contornos elementares do Estado Constitucional Social e a sua influência na interpretação jurídica – 2.3.1. A derrocada do Estado Liberal e a influência da Revolução Bolchevique no paradigma do Estado Social – 2.3.2. A deflagração do Estado Constitucional Social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão – 2.3.3. A interpretação jurídica no Estado Social – 2.4. Os contornos elementares do Estado Democrático de Direito e a sua influência na interpretação jurídica atual – 2.4.1. A derrocada do Estado Social e o surgimento de um novo paradigma – 2.4.2. A democracia e outros valores caros ao Estado Democrático de Direito no Brasil – 2.4.3. A importância dos princípios constitucionais no paradigma do Estado Democrático de Direito – 3. A jurisdição no Estado Democrático de Direito: conclusões finais – 4. *Summary* – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Professor universitário. Advogado. Graduado pela UNIUBE em 1998.

² Mestre em Constituição e Processo pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Processo Civil e Direito Civil pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Professor universitário. Advogado. Graduado pela UNIUBE em 1999.



Já dizia SPINOZA: “*A verdadeira definição de uma coisa qualquer não implica nem exprime nada além da natureza da coisa definida*”.³ Definir é expressar a essência, a substância mesma do objeto a ser definido. É realçar a natureza ou atribuir significados. Por meio dela, enumeram-se as propriedades de algo, delimitam-se seus contornos e suas características particulares. A definição possibilita distinguir aquele conceito de outros que lhe guardam alguma semelhança.

No que diz respeito à jurisdição, é fato a dificuldade contínua encontrada pela doutrina em conceituá-la. Etimologicamente, contudo, a expressão não apresenta dúvidas: do latim *jurisdicto*, é formada pela aglutinação de duas outras palavras: *juris*, a cujo significado atribui-se a idéia de *direito*; e *dictio*, significando *dicção* ou *dição*, *ato de dizer*, ou, simplesmente, *dizer*. Assim, *na sua origem*, a jurisdição seria a atividade voltada a *dizer o direito, no sentido de identificar o enunciado de direito objetivo preexistente (ou de elaborá-la, se inexistente) e de fazê-lo atuar numa determinada situação*.⁴

E, outrora, o simples ato de “dizer o direito” encontrava-se realmente em plena sintonia com a idéia de jurisdição. Essa, todavia, não é, nem de longe, a realidade hodierna. É muito pouco, pois, buscar a essência do instituto no seu estudo etimológico, sobretudo em razão das inúmeras e significativas evoluções pelas quais passou a sociedade.⁵ *Alteram-se ideologias, e a própria essência da jurisdição sofre mutações*.

Realmente não é tarefa fácil definir jurisdição. Afinal, trata-se de um conceito plástico, que vem sendo (re)modelado com o passar dos séculos, adequando-se e estendendo seu leque de influências em harmonia aos anseios, oriundos do próprio avanço, em diversos flancos, da humanidade. Ensina CALAMANDREI – em lição cujo vigor é, ainda hoje, inquestionável – que não se pode dar uma definição absoluta de jurisdição, válida para todos os tempos e para todos os povos. Afirma o mestre italiano que “*não só as formas externas, através das quais se desenvolvem a administração da justiça, senão também os métodos lógicos do julgar, têm um valor contingente, que não pode ser determinado a não ser em relação a um certo momento histórico*.”⁶

Assim, talvez o melhor não seja propriamente definir a jurisdição. Mais interessante é entender o porquê das dificuldades encontradas nesse labor e a ligação dessas mesmas dificuldades com a própria evolução e extensão do instituto. Quer-se afirmar é a existência de um elemento inerente à substância da jurisdição, que é *variável* ou *histórico* e cuja importância já se apercebe pela influência direta que exerce nessa inconstância que caracteriza esse instituto fundamental, impedindo que se lhe trace uma definição adequada a todo e qualquer momento histórico já vivenciado e ainda a se vivenciar. Esse elemento é a *interpretação jurídica*. E é ela um

³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 236.

⁴ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4^a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006. p. 19.

⁵ De certo modo, a ligação entre as alterações sociais e a atividade jurisdicional é bastante lógica. Afinal, a jurisdição serve à sociedade. Ao vetar a autotutela, assumiu o Estado o ônus de assegurar a ordem social, não só ditando preceitos legais que a todos vinculam, senão ainda solvendo os conflitos de interesses naturalmente surgidos no seio social. E assim agindo, criou para si o *dever* de prestar a tutela jurisdicional de maneira justa e adequada – o *dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva*. Em contrapartida, constituiu um genuíno *direito* àqueles que vivem em sociedade, o *direito de acesso à justiça*, cuja compreensão envolve complexas nuances, de caráter material e processual. Enfim, sem sociedade não há razão para se pensar a jurisdição.

⁶ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Vol. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas : Bookseller, 1999. p. 96.

elemento histórico (ou variável) justamente em função de sua genética mutante, característica que a impele a sofrer alterações de tempos em tempos, sempre que o Estado e a sociedade assumem novas feições e adotam novas ideologias. Alteram-se ideologias, alteram-se, por resultado, os contornos da interpretação jurídica, o que leva, incondicionalmente, a uma mutação estrutural no próprio desenho da jurisdição – a jurisdição é um conceito plástico porque em sua essência há um poderoso elemento mutagênico.

Nesse espaço, o que se pretende é apontar a íntima relação existente entre os obstáculos encontrados para se conceituar a jurisdição e o próprio elemento histórico (a interpretação jurídica) inerente a esse mesmo instituto. Para tanto, procurar-se-á traçar, em linhas breves, os contornos ideológicos que influenciaram a condução do Estado e da própria sociedade no constitucionalismo, jungindo-os aos métodos de interpretação jurídica adotados em cada um dos períodos a serem abordados. Por igual, o trabalho tem a pretensão de definir algumas linhas da atual ideologia que alicerça o Estado Democrático de Direito, os seus reais reflexos sobre a interpretação e, além disso, a influência que exerce na própria atividade jurisdicional hodierna.

2. AS INFLUÊNCIAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL, DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

2.1. Considerações iniciais

A interpretação jurídica está sujeita a remanejamentos constantes, cuja lógica de ocorrência segue rumo à alternância de ideologias políticas adotadas e praticadas pelo Estado, em conformidade com o seu próprio desenvolvimento histórico e com o da sociedade por ele regida. Não é por outra razão que MARCELO NEVES preleciona que “*os modelos de interpretação jurídica variam conforme o tipo de sociedade e a respectiva forma jurídico-política dominante.*”⁷

Por isso o especial interesse de se examinar, ao menos brevemente, os momentos históricos pelos quais passaram os Estados, os regimes e as ideologias que os caracterizaram e, principalmente, o vínculo entre essas ideologias políticas por eles perseguidas e a própria atividade interpretativa do direito. Nesse turno, o exame se restringirá aos três paradigmas⁸ que tocam o constitucionalismo, infiltrando-se nas ideologias que os consagraram e os alicerçaram, algumas curiosidades históricas pertinentes e, principalmente, a influência que exerceram sobre a interpretação jurídica, apontando e analisando, nesse particular, os principais métodos desen-

⁷ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Corrdenação de Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo : Malheiros Editores, 2003. p. 356-376.

⁸ A noção de *paradigma* adotada aqui – e em vários escritos jurídicos – segue as lições de THOMAS KUHN, adaptada ao Direito por HABERMAS. O primeiro evidencia a historicidade e descontinuidade do conhecimento científico pela alteração de paradigmas. Já o segundo, advoga a idéia de que as diferentes conformações que as ordens jurídicas possuem não se devem apenas à forma como foram consagrados os direitos fundamentais, nelas “*se reflejan también paradigmas jurídicos distintos*”. Assim, naquilo que diz respeito aos princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, um paradigma jurídico mostra como aqueles hão de ser compreendidos no interior de uma dada comunidade jurídica. (CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.º 1, p. 11-20, março 2001).

volvidos para esse fim. Refere-se, aqui, aos paradigmas do Estado Constitucional Liberal, do Estado Constitucional Social e do Estado Democrático de Direito.

2.2. Os contornos elementares do estado constitucional liberal e a sua influência na interpretação jurídica

2.2.1. Do Estado Absolutista ao Estado Liberal na França

Antes de enfrentar a temática sobre os pilares da interpretação jurídica desenvolvida e aplicada nesse período, é importante retornar à história para se recordar algumas passagens ocorridas na França.

Anteriormente ao trauma revolucionário de 1789, a França era um país *absolutista* e, por tal razão, o rei governava com plenos poderes. Sua autoridade permitia-lhe controlar a economia, a justiça, a política e a própria religião dos seus súditos. Não havia uma democracia, pois os trabalhadores não exerciam qualquer ingerência na forma de condução do governo. Aqueles considerados opositores acabavam presos na Bastilha, uma espécie de prisão política da monarquia, ou mesmo condenados à morte.

De tal sorte, a sociedade francesa do século XVIII era estratificada e hierarquizada. No ápice da pirâmide social, residia o *clero*, detentor de inúmeros privilégios, dentre os quais o de não pagar impostos. Abaixo dele, encontrava-se a *nobreza*, formada pelo rei e sua família, os condes, duques, marqueses e outros nobres, classe também portadora de privilégios e que vivia mergulhada em intenso luxo. Compunham a base dessa sociedade os trabalhadores, os camponeses e a burguesia – o chamado *terceiro estado* –, todos diretamente responsáveis pelo sustento do *Estado Absolutista*, seja por meio de seu trabalho, seja pelo pagamento de altos impostos.

Os desempregados aumentavam em larga escala nas cidades francesas e sua condição de vida era muito precária. A miséria também atingia os trabalhadores e camponeses, esses que desejavam melhorias na qualidade de vida e de trabalho. A burguesia, mesmo possuindo uma melhor condição social e econômica, desejava participação política, porquanto, poderia patrocinar seus interesses, dentre os quais se despontava a própria expansão do capitalismo – aliás, é certo afirmar que *o liberalismo surgiu como ideologia necessária a alicerçar o capitalismo*.⁹

Assim, condições sociais, econômicas e políticas ensejaram um ambiente favorável à revolução. E essa realmente deflagrou-se, encabeçada pela burguesia, a qual, representando o *terceiro estado*, depois da derrocada do absolutismo e do nascimento do Estado Liberal, assumiu as rédeas na formação da novel ideologia estatal.

A partir de então, pregava-se a não-interferência do Estado nas relações travadas entre os co-participes sociais. Essa maneira de pensar embasava-se na idéia de que a economia possuía leis próprias, provenientes de um sistema perfeito – uma *mão invisível* – responsável

⁹ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*, p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

por um equilíbrio econômico satisfatório e ideal.¹⁰ Predominando-se o individualismo e sendo afirmada a liberdade humana perante o Estado, a organização política seria fruto do consenso e, logo, da manifestação da vontade dos indivíduos, o que levava o ente estatal a recuar diante da esfera de liberdade de cada um, assegurando apenas a ordem e a segurança, ou, simplesmente, a não-interferência da liberdade de um na liberdade de outro.¹¹

2.2.2. As bases ideológicas do Estado Constitucional Liberal

O Estado Liberal, *o primeiro dos paradigmas constitucionais*, era visto sob uma ótica marcadamente liberal. Ele surgiu logo após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII – a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa –, *sendo responsável pela positivação da primeira dimensão dos direitos fundamentais (direitos à vida, à liberdade e à propriedade)* e teve por principais bases características a submissão ao império da lei, a divisão de poderes, o enunciado e garantia desses direitos fundamentais.¹²

É certo afirmar que a construção do Estado Liberal alicerçou-se numa rebelião de idéias provenientes de filósofos contratualistas inclinados em transformar o mundo e a refazer as instituições, cujas obras foram de extrema valia para a fixação dos princípios e fundamentos da doutrina liberal, já que estabeleceram uma nova concepção de governo, que minava, desde as raízes, a perempta estrutura da antiga sociedade de privilégios.¹³ Dentre esses filósofos, os mais importantes não devem ser esquecidos: LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, SIÈYES, CONSTANT e KANT.

Não por outra razão, PAULO BONAVIDES afirma que a filosofia política defendida por esses pensadores teve, à época, “*sentido altamente subversivo, porquanto, inspirando a*

¹⁰ À época não havia qualquer preocupação com a democracia, e nem tão pouco com a proteção aos direitos da maior parte da população. Muito embora a burguesia afirmasse agir em nome do povo e em prol da liberdade, prevaleceram, naquele governo, os seus interesses de classe social dominante, permanecendo no desalento as necessidades e reivindicações das classes menos favorecidas. Os direitos fundamentais surgidos nessa época não se estenderam a todos indiscriminadamente, incidindo restritamente à burguesia. Isto é, a primeira dimensão de direitos fundamentais efetivamente existia, mas funcionava para poucos, apenas para os burgueses, os quais participavam do processo político, votavam, tinham proteção, tinham sua liberdade de iniciativa privada, restando, por outro lado, em absoluto desamparo, o proletariado, que formava a grande maioria da sociedade. (REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*, p. 191-216. Disponível em: <http://www.am.trf1.gov.br>. Acessado em: 25/08/2006). Daí porque JOSÉ AFONSO DA SILVA leciona que a democracia liberal deformou o conceito de povo: o povo era equiparado a uma construção ideal, alheia a toda realidade sociológica; não era o ser humano situado, mas um povo de cidadãos, isto é, indivíduos abstratos e idealizados. Assim, no Estado Constitucional Liberal o povo real, concreto, com seus defeitos e qualidades, permanece alheio ao exercício do poder, de modo que o regime, naquela época, era verdadeiramente *um poder sobre o povo*. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005. p. 135).

¹¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004. p. 107.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005. p.112-113. Conforme aponta PAULO BONAVIDES, a Revolução da Independência Americana foi responsável pela união política das 13 Colônias emancipadas do domínio colonial inglês, que formaram os Estados Unidos da América. Por influxo das mesmas idéias e valores, derivou-se o movimento libertador das Colônias Espanholas, o qual se irradiou pela maior parte do Continente, dando origem a considerável número de Repúblicas emancipadas. Da Revolução Francesa, por sua vez, promanara a Europa das nacionalidades, da consciência constitucional, da legitimidade constituinte, das monarquias constitucionais. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 38).

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 38.

ação revolucionária, traçou a linha-mestra das mudanças profundas da sociedade. Foi, sobretudo, o breviário do novo credo, a cartilha por onde rezaram os constituintes de 1791 e 1793, depois de escreverem, iluminados das lições de tão sábios preceptores, a celebre Declaração dos Direitos do Homem.”¹⁴

Ressalte-se que a consagrada fórmula da separação de poderes constou positivada na aludida Declaração dos Direitos do Homem (1789), especificamente em seu art. 16, nos seguintes dizeres: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.” Ainda lá, no espírito desse solene documento, encontra-se gravada a teoria constitucional abstrata e programática, de salvaguarda e garantia superlativa dos direitos humanos como *direitos fundamentais da primeira dimensão*,¹⁵ outra eficaz arma, a qual o Estado Liberal ajudou a implantar na consciência ocidental, utilizada no combate aos déspotas do absolutismo.¹⁶

É fundamental apontar, ainda, que o axioma de MONTESQUIEU – a separação de poderes – tornou-se, com o tempo, a mais sólida garantia constitucional do Estado de Direito, alicerçando, juridicamente, todas as Constituições já promulgadas, sobretudo por se haver compreendido que não há direito nem justiça onde não se estabeleçam limites à autoridade de quem governa.¹⁷ Ergueu-se, pois, uma das colunas mestras de sustentação e reconhecimento do Direito Constitucional, da qual não se podia prescindir sem correr o risco de se recair nos regimes de exceção e arbítrio.¹⁸

HABERMAS, numa síntese da ideologia liberal clássica, indica que segundo esse paradigma uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado, em especial através dos direitos da propriedade e da liberdade de contratos, deveria ser desacoplada do Estado, enquanto esfera de realização do bem comum, e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado. Talhava-se essa “sociedade de direito privado” conforme a autonomia dos sujeitos do direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentavam encontrar a sua felicidade por intermédio da busca possivelmente racional de interesses próprios.¹⁹

Assim, à primeira modalidade de Estado Constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de conseqüência, com os direitos políticos e civis que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão,²⁰ conferiu-se a designação de *Estado Liberal*, *Estado da Legalidade*, *Estado Constitucional da Separação de Poderes* ou, ainda, *Estado Legislativo*. E o seu centro de gravidade fora positivamente a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de poderes, a harmonia e equilíbrio funcional do Legislativo, Executivo

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 38.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 38.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 64. Estava, pois, fundado o Estado de Direito, cujas bases ideológicas encontravam-se alicerçadas: (a) na garantia e concretização da liberdade, (b) na limitação do poder dos governantes, (c) na moralidade administrativa, (d) na elevação dos direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania, e (e) no princípio da legalidade.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 39.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 39.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. II. 2ª. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 138.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 39.

e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante, o dogma constitucional, a declaração de direitos, a promessa programática, a conjugação do verbo “emancipar” sempre no futuro, o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*.²¹

2.2.3. A interpretação jurídica no Estado Constitucional Liberal

Naqueles tempos idos, pelos quais o Estado da Legalidade exerceu sua plenitude, concebia-se o direito apenas como um conjunto de enunciados normativos ditados pelo Legislativo. Aliás, o Legislativo, pela função legiferante que lhe incumbia, detinha certa supremacia sobre os demais poderes, sempre observadas, entretanto, algumas limitações devidamente positivadas.²²

Maximizaram, pois, a figura e as capacidades do legislador, situando-o numa condição quase divina, como se fosse um ser onisciente, plenamente capaz de prever as diversas situações conflituosas que poderiam vir a surgir no mundo sensível. Tomou-se por premissa a idéia romântica de que o Legislativo encontrava-se capacitado a conceber regras de condutas gerais e abstratas, aptas a regular e a resolver todas as possíveis crises de interesses que eventualmente despontassem no seio social. Como reforço a esse raciocínio – esclarece ALEXANDRE BAHIA –, difundia-se a idéia de que os Códigos, elaborados à época com o auxílio da razão “absoluta”, teriam positivado todo o conteúdo do direito natural, caracterizando a ordenação completa da sociedade e semeando a crença fundada na impossibilidade de o aplicador não encontrar ali o preceito legal adequado à solução do caso.²³

Num ambiente impregnado com a ideologia liberal-burguesa, não é difícil concluir que o Estado abraçou uma postura neutra diante da sociedade. Deveria ele, o Estado, limitar-se a cumprir as funções públicas essenciais, de modo que sua atuação estava restrita àquele mínimo necessário a garantir os direitos conquistados pela burguesia, ou seja, assegurar um ambiente onde a liberdade seria a maior possível.²⁴ À vista disso, pouco interessavam as situações econômica e social dos contratantes ou quaisquer desigualdades entre eles existentes. Importante, por outro lado, era afiançar a vontade e a liberdade daqueles que contratavam, porquanto qualquer intromissão maior do Estado nas relações interprivadas iria de encontro à concepção liberal e voluntarista da época.²⁵

E por não se aceitar a intervenção por parte do Estado nas relações firmadas entre particulares, o papel do juiz, obviamente, mostrava-se muito limitado. Consoante afirmado

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5.ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 40.

²² QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 267.

²³ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 305. Segundo GUSTAV RADBRUCH, citado por PÉRICLES PRADE em ensaio clássico, “o indivíduo exaltado pelo liberalismo não é o indivíduo empírico, considerado na condicionalidade de sua existência concreta, mas o indivíduo abstrato, erradicado da vida real, conceitualmente igual a todos os indivíduos, sem quaisquer diferenças decorrentes da posição social ou econômica.” (PRADE, Péricles. Interesses difusos: expressão ideológica e hermenêutica. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 53. Rio de Janeiro : Forense, 1987. 131-144).

²⁴ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 304.

²⁵ NOVAIS, Aline Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 44-47.

alhores, acreditava-se que o ordenamento jurídico positivo era completo, quase sem lacunas, e absolutamente claro, salvo alguma obscuridade que, no máximo, poderia haver. Ao julgador, quando instigado a prestar a jurisdição, cabia apenas declarar o conteúdo da lei – no Estado Liberal sua função era restrita a atuação da vontade concreta da lei (o juiz como “a boca da lei”). Era o período em que se entendia o direito como direito positivo, cujas características pautavam-se num positivismo legal acentuado, avalorativo, estatal e legalista.²⁶

Dessa especial maneira de se pensar, cujo fim era reduzir o direito à lei, originaram-se alguns métodos de interpretação jurídica. Foi nesse período, por exemplo, que surgiu, logo após a edição do Código Civil francês (1804), a Escola Exegética, cuja proposta voltava-se ao estudo do Código com fundamento na crença de que seus comentários poderiam fixar o sentido dos enunciados legais ali constantes.²⁷ Doutrinava-se um método interpretativo designadamente dogmático, limitador exagerado das possibilidades do intérprete, já que esse não poderia interpretar o texto normativo senão gramaticalmente, e isso para que não incidisse no gravíssimo erro de substituir a vontade do legislador pela sua própria, o que, em última instância, significava a inaceitável intromissão na esfera de competência do Legislativo.²⁸

Para os exegetas, a lei era, realmente, o melhor sinônimo de direito, um ato supremo quase inquestionável, de modo que a administração e os próprios juízes encontravam-se impedidos de invocar qualquer razão pública que se chocasse com ela.²⁹

Sendo obscuro o texto normativo, permitia-se ao juiz, no máximo, utilizar-se de uma interpretação lógica em sentido estrito, na qual fixaria o sentido e o alcance da lei pela perquirição da vontade do legislador³⁰ – aceitava-se, apenas, que o juiz *reconstruísse o pensamento do legislador*. Havia, inclusive, vozes radicais a defender que o juiz deveria abster-se de julgar quando diante de situações não previstas pelo legislador; outros, mais ponderados, aceitavam, em tais hipóteses, o uso da analogia como mecanismo de integração do direito.³¹

Enfim, era dominante, no cenário da época, a doutrina que pregava o *positivismo jurídico*, e isso por se supor que o direito era um sistema fechado, continente de todas as soluções

²⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 36.

²⁷ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 305.

²⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004. p. 45.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

³⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004. p. 47.

³¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 36. Segundo JOÃO BATISTA HERKENHOFF, essas foram as principais características da *Escola Exegética*: (a) era constituída pelos comentadores dos Códigos de Napoleão, em especial o Código Civil de 1804; (b) fundava-se na concepção da perfeição do sistema normativo, na idéia de que a legislação era completa e de que, na generalidade da lei, encontrava-se solução para todas as situações jurídicas; (c) via na lei escrita a única fonte do Direito, expressão do Direito Natural; (d) o método de interpretação adotado era o literal, orientado para encontrar na pesquisa do texto a vontade ou intenção do legislador (*mens legislatoris*); (e) quando a linguagem fosse incompleta, o intérprete lançaria mão do método lógico, de maneira a extrair plenamente o sentido dos textos legais para apreender o significado deles; (f) negava-se valor aos costumes e se repudiava a atividade criativa, mínima que fosse, da jurisprudência. (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 35).

demandáveis, tendo em vista a harmonização ou organização de conflitos.³² Via-se-lhe como um sistema que se realizaria como tal, simplesmente por não conter nem admitir exceções, na crença irreal de que o universal domine, suplante e supere os particularismos.³³ Acirrado o ânimo pela evolução das ciências naturais – leciona ALEXANDRE BAHIA –, acreditou-se que, trazendo para as ciências humanas o “método” desenvolvido pelas primeiras, poder-se-ia obter iguais resultados. Pautados pela objetividade, pelo rigor metódico e pela separação absoluta entre sujeito, objeto e método, os positivistas acabaram por negar qualquer fundamento metafísico ao direito, tanto uma transcendência religiosa, quanto aquela própria do direito natural racional. Para eles, o direito era somente o legislado e interessava à ciência jurídica apenas o texto normativo.³⁴

Mesmo sendo inegável o mérito do sistema constitucional-liberal como marco responsável pela implantação do constitucionalismo, já que rompeu com as bases ideológicas do absolutismo característico do *ancien regime*, seus alicerces estruturais acabaram maculados pelo profundo abismo de desigualdade econômica e social que provocou entre as pessoas, efeito colateral do canibalismo causado pelas clássicas crenças que lhe eram características.

Adiante se verá o surgimento de um Estado com diferentes contornos ideológicos, um novo paradigma nascido da concepção de que a mera garantia formal de liberdade não se mostra suficiente para se alcançar o bem estar coletivo.

2.3. Os contornos elementares do Estado Constitucional Social e a sua influência na interpretação jurídica

2.3.1. A derrocada do Estado Liberal e a influência da Revolução Bolchevique no paradigma do Estado Social

A primeira grande turbulência experimentada pelo Estado Liberal deu-se com a deflagração da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Afinal, a lógica do sistema econômico foi quebrada nesse período, de maneira que onde havia liberdade de circulação de mercadorias, com campo fértil para a proliferação do capitalismo, barreiras foram erguidas e fronteiras fechadas, dilacerando a economia.³⁵ Como se vivia uma situação de guerra, a economia era organizada em função dela e não para o capitalismo ou para a normal produção de produtos.³⁶

Mas o golpe de misericórdia implementado contra o liberalismo clássico veio com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, momento em que várias empresas, de todos os setores econômicos, quebraram, desencadeando-se um processo crônico responsável

³² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 57.

³³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 57.

³⁴ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 306.

³⁵ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trfl.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

³⁶ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trfl.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

pela pior e mais longa recessão econômica do século XX. Esse é o marco que representa o fim do Estado Constitucional Liberal.

De mais a mais, não se pode olvidar o importante papel que a Revolução Bolchevique de 1917 exerceu na derrocada do liberalismo clássico. Leciona ANDRÉ REGIS que a Primeira Guerra Mundial ajudou a criar condições para o sucesso dessa revolução. A Rússia enfraqueceu-se tanto que permitiu aos bolcheviques tomar o poder e num momento em que as estruturas que ainda funcionavam no Estado já se encontravam minadas e comprometidas. A Revolução Russa irrompeu-se, pois, apenas quando o Estado encontrava-se absolutamente debilitado, sem forças de resistir, servindo-se para simbolizar um grande marco de transformação do pensamento liberal, sobretudo por colocar em prática uma nova ideologia política, tão forte, ou talvez ainda mais forte que o próprio liberalismo. Surgia o *socialismo*, a cuja responsabilidade é atribuída profundas mudanças no liberalismo clássico, inclusive quanto à evolução dos direitos fundamentais.³⁷

De fato, a Revolução Russa passou a ser a maior alavanca ideológica de transformação do liberalismo, sobretudo porque a ideologia socialista seduzia o proletariado, uma classe fatigada pela exploração que sofria diuturnamente. Assim, grupos revolucionários difundiam os ideais socialistas, possibilitando que mais e mais pessoas se informassem acerca do que ocorrera na Rússia, o que impulsionou o estabelecimento de organizações entre operários, as quais passaram a pressionar o Estado por direitos sociais e a criticar a sua forma de organização e o próprio modelo liberal. Enfim, essas organizações voltavam-se contra a exploração, a falta de proteção e a atuação estatal.³⁸

2.3.2. A deflagração do Estado Constitucional Social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão

O Estado Liberal era, então, açoitado por um vendaval político-doutrinário de idéias construídas por filósofos políticos do Socialismo Utópico (OWEN, FOURIER, SAINT-SIMON, PROUDHON) e por pensadores do chamado Socialismo Científico (MARX e ENGELS), cujas críticas ao capitalismo levavam aos ideais de reforma social e, até mesmo, de extinção do próprio Estado que, para alguns, havia se tornado obsoleto.³⁹

³⁷ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006. ANDRÉ REGIS, no mesmo trabalho, ainda esclarece que o socialismo, a partir da experiência soviética, prometeu ao trabalhador o paraíso. Se o trabalhador morria de fome, até por não ter um salário que lhe permitisse usufruir de uma vida com o mínimo de dignidade, o salário no socialismo o permitiria. Se o trabalhador no capitalismo adoecesse, morreria doente, sem amparo, sem assistência; no socialismo teria assistência médica, teria, ainda, previdência, de modo que o Estado cuidaria dele na sua velhice. O Estado garantiria o repouso semanal, férias, condições de igualdade para as mulheres e para os homens. O trabalho infantil tornar-se-ia proibido, as crianças seriam protegidas e teriam escola. O socialismo prometia, pois, ao trabalhador assistência do berço ao funeral. E tudo isso se mostraria possível porque o Estado se tornaria total e absoluto, estando toda a economia em suas mãos. Seria ele o detentor dos meios de produção e a propriedade privada deixaria de existir. Era a idéia da sociedade sem classes. Operou-se, portanto, uma completa inversão de valores. Se no liberalismo o valor principal do sistema é a *liberdade*, no socialismo ele é representado pela *igualdade absoluta*.

³⁸ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 43.

O resultado disso tudo foi uma acirrada violência. Esses movimentos foram encarados como subversivos – e, de fato, eles estavam mesmo tentando subverter a ordem por meio da luta de classes.⁴⁰ Conquanto a burguesia capitalista valia-se de pesada repressão, na tentativa de não perder o controle da situação, acabou por não obter o êxito esperado, e uma ameaça real ao *statu quo* começou a se apresentar visível, mormente pela viável possibilidade de se repetir tudo aquilo que efetivamente ocorrera na Rússia em 1917.⁴¹

Nesse contexto, encontravam-se, de um lado, aqueles que pretendiam impedir a revolução e, de outro, os que buscavam evitar mais mortes e a incerteza do futuro. Surgiu, então, o caminho mais sensato: a negociação.⁴² De tal processo negocial, por meio do qual se tentava conciliar interesses antagônicos dos liberais clássicos e socialistas, surge a social democracia, teoricamente destinada a harmonizar esses interesses opostos, garantindo a manutenção da ordem capitalista, entretanto com a forte presença do Estado nas relações sociais.⁴³ Nascia, assim, uma proposta de um modelo de Estado Constitucional em que o teor social das instituições tornava-se sua nota predominante.⁴⁴

Foi a época da conquista dos direitos sociais (proibição do trabalho infantil, igualdade entre homens e mulheres, seguro desemprego, educação, saúde, previdência, etc.), os chamados *direitos fundamentais de segunda dimensão*. O tempo em que as bases do Estado seriam reformuladas para proporcionar aos trabalhadores diversos benefícios, sem a necessidade de uma revolução. Suas preocupações, agora, eram menos direcionadas à liberdade do que à justiça, uma vez que a primeira já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a segunda, como anseio e valor social superior, ainda estava distante de ser alcançada.⁴⁵

Assim, uma mudança radical no modelo de Estado se sucedeu. Como essa nova estrutura propunha-se a produzir tais condições, viabilizando a criação e efetivação dessa segunda dimensão de direitos fundamentais, torna-se visível a figura do Estado intervencionista, o qual, obviamente, necessitava arrecadar muito para ser efetivo e executar os programas sociais que almejava – construção de estradas, de escolas, de hospitais; garantia de aposentadorias, etc.⁴⁶ O ente estatal, além daquelas atividades administrativas habituais, passou a assumir, inclusive, a prestação de serviços que, até então, era deixada a cargo da iniciativa privada e fazia isso seja

⁴⁰ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

⁴¹ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

⁴² REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

⁴³ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acessado em: 25/08/2006.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 42.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 42.

⁴⁶ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <http://www.am.trf1.gov.br>. Acessado em: 25/08/2006.

confiando tarefas públicas às pessoas privadas, seja coordenando atividades econômicas privadas por meio de planos de metas, seja, ainda, tornando-se, ele mesmo, ativo enquanto produtor e distribuidor.⁴⁷ O capitalista, contudo, continuaria a ganhar muito, mas, a partir de então, também teria que contribuir com grande parte do seu lucro para os cofres públicos, propiciando, assim, a efetivação da justiça social.⁴⁸ Eis a nova feição estatal: um ente intervencionista e arrecadador de elevados tributos. É o chamado *Estado Constitucional Social*, *Estado Previdência* ou, ainda, *Estado Intervencionista*.

2.3.3. A interpretação jurídica no Estado Social

Obviamente que a quebra da ideologia liberal clássica refletiu-se, de maneira preponderante, na forma de *conceber e interpretar* o direito.

Por se ter consciência de que o mero elenco de direitos devidamente positivados era insuficiente para lhes garantir efetividade, o Estado passou a intervir nas mais diversas áreas da sociedade (saúde, educação, transportes, economia, etc.), não apenas disciplinando-as exaustivamente por meio da criação de leis diversas, mas delas participando diretamente, ampliando a esfera do “público”.⁴⁹ E essa nova concepção intervencionista do Estado, como modelo necessário à garantia e à efetivação dos direitos fundamentais, levou ao surgimento de novas teorias sobre a interpretação jurídica, as quais não guardavam identidade com os antigos fundamentos liberais alicerçados na supremacia absoluta da lei.

Estavam ultrapassados os raciocínios hermenêuticos que alinhavam a função do juiz à mera atividade de declarar a lei. Mostrou-se insuficiente, diante do vigor da mudança ideológica empreendida, as teses que viam o juiz como um autômato, um órgão do Estado cuja função restringia-se a aplicação mecânica da lei ao fato, cabendo-lhe unicamente perquirir a real vontade do legislador. Em contrapartida, ganharam terreno técnicas de interpretação que rejeitam a busca do mero sentido subjetivo dessa “vontade do legislador”,⁵⁰ mecanismos interpretativos mais livres e adequados à ideologia que alicerçava o Estado Social. A esse respeito, esclarece MENELICK DE CARVALHO NETTO que o juiz não mais podia ter a sua atividade reduzida à mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei, tomada como a premissa maior, e sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica passou a reclamar métodos mais sofisticados, como as análises teleológica, sistêmica e histórica, todos plenamente capazes de emancipar o sentido a ser conferido à lei dessa vontade subjetiva do legislador.⁵¹

Abriam-se, pois, ao Judiciário novas possibilidades, agora apto a se valer de inter-

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 176.

⁴⁸ REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <http://www.am.trf1.gov.br>. Acessado em: 25/08/2006.

⁴⁹ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 301-357.

⁵⁰ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 301-357.

⁵¹ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 308.

pretações mais livres, destinadas, se necessário, a complementar o trabalho do legislador, não assentadas meramente na limitada enunciação ou declaração de preceitos legais, cuja finalidade maior norteava-se a consecução da própria ideologia perseguida pelo Estado Social.

2.4. Os contornos elementares do Estado Democrático de Direito e a sua influência na interpretação jurídica atual

2.4.1. A derrocada do Estado Social e o surgimento de um novo paradigma

Embora estivesse bem intencionado, o Estado Constitucional Social não vingou e entrou em colapso propriamente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Na década de 70, a crise na qual se encontrava imerso agravou-se, sofrendo a economia profunda desaceleração.

Não apenas os problemas financeiros, caracterizados pela redução progressiva de recursos estatais, mas também sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com a classe popular,⁵² sinalizavam para a derrocada desse paradigma estatal.

Conforme aponta ALEXANDRE BAHIA, os acontecimentos dos últimos anos do século passado colocaram por terra as “certezas” até então intocadas do Estado Social. Percebeu-se que a proposta de, a partir de condições materiais dadas pelo Estado, formar cidadãos ativos e auto-conscientes de seu papel na esfera pública não se efetivou. Em verdade, o que se viu foi a monopolização por parte do Estado de toda a dimensão do “público”, deixando os indivíduos numa posição exageradamente cômoda,⁵³ inseridos numa relação paternalista e dependente, quase que neutralizando a sua própria cidadania. O cidadão acabou condenado à passividade de uma espera por escola, por emprego, por cultura, por lazer, situado num contexto em que se assemelhava a um “cliente”, e não a um participante ativo na concretização de sua própria felicidade.⁵⁴

Fazia-se mister, pois, a edificação de um novo modelo ideológico plenamente apto a responder aos diversos problemas e aos anseios da novel realidade, destacada por relações sociais alternantes, plurais e de alta complexidade. E para enfrentar essa demanda, o Estado Social sofreu um remodelamento, sobrevivendo a ele o atual Estado Democrático de Direito, o último dos paradigmas constitucionais, um modelo aberto e em constante desenvolvimento, cuja ideologia se mostra mais adequada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e compro-

⁵² SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da justiça. *Revista de direito processual*, 37. Revista dos Tribunais : São Paulo, 1985. p. 124.

⁵³ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 301-357.

⁵⁴ CARVALHO NETO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, 2001.

metida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.^{55 56}

Sua proposta, diversa daquelas intentadas pelos seus irmãos paradigmáticos, mas não propriamente contrária a elas, prefigura a construção de um ordenamento jurídico participativo, pluralista e aberto, capacitado a abarcar e concretizar os direitos fundamentais já positivados e aqueles novos, de terceira dimensão (difusos e coletivos) e outros mais a surgirem com o desenvolver dos tempos. Representa “*uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista do Estado*”.⁵⁷

2.4.2. A democracia e outros valores caros ao Estado Democrático de Direito no Brasil

É a democracia um dos vetores mestres do Estado Democrático de Direito. Caracteriza-se em verdadeiro *regime político*, de modo que a sua real compreensão proporciona a aceção global do idealismo que guia esse paradigma, fornecendo ao intérprete elementos essenciais e indispensáveis a eficiente interpretação do direito. A esse respeito, GUERRA FILHO, amparado em abalizada doutrina, depois de se referir ao Estado Democrático de Direito como uma “*fórmula política*”, afirma, categoricamente, que ela é elemento caracterizador da Constituição, *principal vetor de orientação para a interpretação de seus enunciados legais* e, através deles, de todo o ordenamento jurídico. Segundo o jurista, *estar-se-á diante de um programa de ação, uma opção básica por determinados valores característicos de uma ideologia, a ser partilhado por todos que integram uma comunidade*.⁵⁸

Por ser um *conceito histórico*, continua válido mesmo que ainda não se tenha logrado alcançar, em sua totalidade, os direitos fundamentais, em especial os de cunho econômico e social, sem os quais os direitos individuais não se efetivam realmente.⁵⁹ A democracia existe – leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA – para concretizar esses direitos fundamentais, o que só se firma, por se tratar de *um governo do povo, pelo povo e para o povo*, pela luta incessante, não raro por meio da via revolucionária, sempre norteadas a abrigar o indivíduo da opressão autoritarista e a estabelecer uma igualdade *real* entre os indivíduos.⁶⁰

⁵⁵ Apontem-se apenas algumas características da atual realidade paradigmática: (a) despontam-se reivindicações sociais de setores antes ausentes do processo de debate interno, como as minorias raciais e grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual; (b) surge a necessidade emergencial por uma demanda de novos direitos fundamentais, a exemplo das manifestações ligadas à tutela dos direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidores, crianças e adolescentes, idosos) (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: Pereira, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte : Fórum, 2003. 26-27.); (c) a dicotomia entre os direitos público e privado entra em convulsão, pois nesse novo ambiente a comunidade passa a exercer um papel efetivo na vida jurídica e política, e o próprio Estado continua a exercer forte papel interventor; (d) valoriza-se a participação ativa da comunidade no panorama político-jurídico da sociedade, mostrando-se relevante, a esse respeito, a participação e influência das organizações da sociedade civil na defesa de interesses diversos, inclusive voltando-se contra o próprio Estado.

⁵⁶ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2a. ed.. São Paulo : RCS Editora, 2005. p. 29.

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2a. ed.. São Paulo : RCS Editora, 2005. p. 17.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005. p.132-134.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005. p.132-134.

É, pois, a democracia o *regime político* idealizado a superar as deficiências do homem, um meio de se avançar sobre a miséria, a transformar a sociedade num ambiente onde reinem, de forma concreta e verdadeira, a igualdade e a liberdade, de maneira que se efetivem todas as dimensões de direitos fundamentais, cujo alicerce maior é o princípio da dignidade humana. Trata-se de um complexo processo que se apóia no consentimento popular, propondo-se a viabilizar o transpasse de uma condição ineficiente à outra funcional, um *regime político* em constante mutação e aperfeiçoamento, cujo propósito maior é o de fundar um espaço em que os direitos fundamentais, não importando a dimensão em que se encontrem, sejam respeitados e concretizados, proporcionando crescimento econômico, social, cultural e político aos homens, instruindo-os, tornando-os mais conscientes de sua cidadania, de seu poder e do seu papel essenciais às tomadas de decisões que conduzem ao próprio desenvolvimento da comunidade.

E por ser a democracia um dos pilares desse novo paradigma estatal, a comunidade passa a assumir também um papel decisivo na produção e consecução do direito; detém ela verdadeiro direito-dever de participar ativamente na atividade política e no processo jurídico decisional.⁶¹ Um verdadeiro direito-dever de colaborar com a consecução daqueles *programas constitucionais*, os quais devem ser observados por todos que se interagem socialmente, inclusive e principalmente pelo Estado e seus órgãos, incitados, numa perspectiva objetiva, a exercer suas atividades com foco nesses ideais, buscando seu alcance e concretização.

No Brasil, agregam-se a esses *programas constitucionais*, não só o imenso leque de direitos fundamentais que integram a esfera constitucional, mas, igualmente, aqueles princípios de ordem constitucional que norteiam o modo de ser e de se conduzir a sociedade (projeto social). Não por outra razão, a Constituição Federal é expressivamente translúcida ao instituir como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (b) a garantia do desenvolvimento nacional; (c) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; (d) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3.º).⁶²

Estar-se-á diante de um paradigma – preleciona MAGALHÃES FILHO – em que o povo é titular e objeto do poder legítimo. Esse povo, amplamente considerado, abrange todos aqueles para os quais as leis prevêm direitos e obrigações, sendo estas integradas a um ordenamento jurídico em cujo ápice impera a Constituição, a qual certifica aos cidadãos idênticos direitos fundamentais, verdadeiros direitos democráticos que asseguram a participação de todos nos processos políticos, sociais e jurídicos. Daí se dizer que o povo não é um ente “passivo”, mas ativamente atuante na concretização e legitimação das expressões de poder, sendo-lhe conferido, inclusive, a possibilidade de participar diretamente – e não apenas de forma representativa – nas decisões tomadas em prol da sociedade, isso por meio de alguns mecanismos institucionais (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção), ou, simplesmente, por intermédio do processo social de determinação do sentido dos preceitos jurídicos. É o Estado

⁶¹ THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A crise da modernidade e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. 165. Brasília : Senado Federal, Sub-Secretaria de Edições Técnicas, 2003. p. 231-238.

⁶² Nessa mesma linha, a Constituição Federal impõe, ainda, genuínas formas principiológicas de se perceber a realidade e o próprio ordenamento jurídico, princípios igualmente essenciais, cuja formatação a eles conferida fornece a todos uma real dimensão de sua importância. São os *fundamentos* do Estado Democrático de Direito, sintetizados nas idéias de (a) a soberania, (b) a cidadania, (c) a dignidade da pessoa humana, (d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e (e) o pluralismo político (CF, art. 1.º).

Democrático de Direito um instrumento de garantia da existência de uma sociedade pluralista e participativa, o que proporciona a todos o direito de discutir e decidir sobre aquilo que merece o reconhecimento geral.⁶³

2.4.3. A importância dos princípios no paradigma do Estado Democrático de Direito

Nesse ambiente peculiar, os princípios constitucionais adquirem força e importância de relevo. Afinal, se a Constituição é soberana, os princípios que a abriga também o são. *E a “matéria-prima” das Constituições é basicamente principial.*⁶⁴

Nas palavras de PAULO BONAVIDES, vive-se numa época em que o destaque é a soberania dos princípios constitucionais. Se antes, quando não havia Constituições, ou as havendo, ainda assim a lei preponderava, porquanto contida nos Códigos, cuja normatividade concreta se afigurava superior à das Constituições, hoje, na sociedade contemporânea, reinam, em absoluto, os princípios constitucionais. Esses princípios, por serem a essência da constitucionalidade, ocupam o lugar mais alto e nobre na hierarquia dos ordenamentos jurídicos. Todo o direito positivo jaz debaixo da legitimidade haurida constitucionalmente. Retratam os princípios constitucionais a vontade da Carta Magna com os quais se legitimam a ação e o exercício de todos os poderes.⁶⁵ São as Constituições a expressão jurídico-político da soberania e a essência dos seus enunciados principiológicos refletem-se não só na sociedade,⁶⁶ mas igualmente sobre todos os órgãos do poder, Executivo,⁶⁷ Legislativo e Judiciário.

Por essa razão, o constitucionalista INGO WOLFGANG SARLET afirma que os

⁶³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004. p. 109.

⁶⁴ *Os direitos fundamentais são princípios por natureza*. E os princípios, por possuírem alto grau de generalidade, permitem uma maior participação *criadora* por parte do intérprete autêntico na formação da norma de decisão, o que, em tese, asseguraria uma atualização constante do ordenamento positivo, mantendo uma sintonia entre o direito e a sociedade. Noutros termos, os princípios apresentam-se mais suscetíveis a valorações, circunstância apta a conferir ao ordenamento jurídico significados axiológicos que se ajustem mais perfeitamente a uma dada realidade.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 48-51.

⁶⁶ Costuma-se afirmar que os princípios possuem as seguintes funções: (a) supletiva, (b) fundamentadora; e (c) hermenêutica. Com relação à *função supletiva* – ensina FREIRE SOARES –, os princípios serviriam como elemento integrador, preenchendo lacunas do sistema jurídico, na hipótese de ausência de lei aplicável à espécie. Por terem *função fundamentadora*, os princípios devem também ser vistos como idéias básicas, que alicerçam o direito positivo, expressando os valores superiores que inspiram a criação do ordenamento jurídico. Finalmente, diz-se que os princípios exercem *função hermenêutica* na medida em que a ordem jurídica é sustentada por eles. Assim, essa base principiológica é responsável pela orientação da interpretação e aplicação de todo o sistema normativo. É, pois, incorreta aquela interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, aos princípios. Também, no campo hermenêutico, esses mesmos princípios servem-se a limitar a atuação do intérprete. (FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. *Reflexões sobre o direito principiológico*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_novembro2006/principal.htm>. Acessado em: 11/12/2006).

⁶⁷ De regra, o administrador público ou a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei sob o fundamento de que seria ela inconstitucional, embora existam aqueles que defendam essa postura quando a lesão aos direitos fundamentais ou aos princípios constitucionais for “clara” – conceito demasiadamente fluido e impreciso. Mas isso não significa dizer que os agentes da administração estariam dispensados de atuar numa dimensão constitucional, como se fossem imunes a essa preocupação, e apenas presos ao princípio da legalidade. Assim, se o agente público estiver incluído no rol de legitimados a estimular o Supremo Tribunal Federal para que o controle de constitucionalidade da lei supostamente inconstitucional seja efetivado, assim deverá proceder. Se, acaso, não possuir essa legitimidade, seu dever é o de representar a quem a possui. Tratando-se de situação emergencial, uma liminar poderá ser postulada à Corte Suprema. Todavia, quando o cumprimento da lei significar a prática de um crime, o agente administrativo estará autorizado a não aplicá-la.

direitos fundamentais – princípios constitucionais por excelência –, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial da ordem normativa do Estado Constitucional Democrático. Os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.⁶⁸

E nesse meio peculiar, os contornos da interpretação jurídica, *uma técnica necessária a manifestação do poder jurisdicional*, certamente sofreram mudanças significativas, uma vez mais deflagradas pela transformação ideológica ocorrida. E os princípios constitucionais – aí, obviamente, inseridos os direitos fundamentais – desempenham indispensável papel no atuar da interpretação jurídica em tempos condicionados pelos ideais do Estado Democrático de Direito.⁶⁹ Ao Judiciário, pois, não bastará, mediante o uso de técnicas interpretativas metodológicas-normativas de raiz liberal-burguesa,⁷⁰ julgar apenas com o interesse de reforçar a crença na legalidade (segurança jurídica), uma vez que sua preocupação deve ser centrada, mais do que nunca, na conquista e no reforço do sentimento de justiça.⁷¹ E justa certamente será a tutela jurisdicional proferida não só em conformidade com o devido processo legal, mas também em

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

⁶⁹ Estando os princípios impregnados de normatividade, possuem valia indiscutível na solução dos casos concretos, não apenas funcionando como norte hermenêutico de compreensão e aplicação das regras, senão ainda integrando o conteúdo mesmo da decisão jurídica. Mas por terem caráter altamente genérico, o trabalho do intérprete se intensifica, cabendo-lhe valorá-los, completando-os e preenchendo seu conteúdo, num agir direcionado à adequada apreensão de seus significados, de maneira a construir legitimamente a norma jurídica e aplicá-la na pacificação do caso concreto. E essa *valoração ou densificação* dos princípios jurídicos não deve seguir rumo a técnicas ultrapassadas, as quais buscam na mente (ou espírito) do legislador, ou na historicidade do preceito, o seu real significado. Na trilha dos ensinamentos de MARTIN HEIDEGGER e HANS-GEORG GADAMER, a hermenêutica não deve ser encarada como simples método técnico-normativo, mas como um modo de compreensão dentro da *tradição*, algo inerente à própria experiência humana (interpretação filosófica). Ou seja, a interpretação de algo essencialmente se funda numa *posição prévia, numa visão ou concepção prévia*. Ela necessariamente levará em consideração as impressões anteriores, o prévio universo cultural, social, histórico do intérprete. Seus *pré-conceitos* irão influenciar a interpretação. Daí porque as interpretações não se esgotam numa única compreensão, não sendo, sequer, definitivas. Sobretudo, variam conforme as alternâncias históricas e culturais experimentadas pelo intérprete. Nas palavras de MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, “*onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível.*” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática*. São Paulo : Loyola, 1996. p. 228). A interpretação, então, relaciona-se à própria existência mesma do intérprete. Não deve ser encarada como um método, senão como algo ligado ao contexto vital do existente humano, vinculada ao mundo da experiência, da pré-compreensão. (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acessado em: 11/12/2006).

⁷⁰ Aliás, e consoante leciona BELMIRO PEDRO WELTER, tem-se afirmado que a utilização de um método é uma justificativa do julgador para se considerar exonerado de sua responsabilidade, “*atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças, porquanto com o método, há o seqüestro, o esvaziamento, o extravio da linguagem e, em decorrência, a ocultação da verdade da essência do ser humano e do texto, vez que a linguagem é a casa, a habitação, a morada, o albergue, a residência do ser; e ser que pode ser compreendido é linguagem, tornando-se, pois, impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, o que é indicativo de que aquiescer à compreensão é adentrar no espaço da linguagem.*” (WELTER, Belmiro Pedro. O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil. *Revista dos Tribunais*, 853. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 30).

⁷¹ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. in *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. p.25-44.

respeito e consideração a uma dimensão constitucional substancial.⁷²

Quer-se dizer, assim, que não bastam um adequado procedimento e a própria participação em igualdade de condições das partes no processo para se legitimar a decisão judicial – simplesmente não basta apenas o respeito a um procedimento em contraditório. *Por certo que a legitimidade da jurisdição e a da própria tutela jurisdicional estão condicionadas ao respeito do devido processo legal, ao modelo constitucional do processo.* Mas, complementarmente, é indispensável, à garantia dessa legitimidade, que se utilize de uma interpretação jurídica que acomode a lei aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais. Insista-se nisso: é pouco apenas aplicar a lei num procedimento adequado e participativo, sendo igualmente relevante e indispensável atuar essa mesma lei numa dimensão constitucional, legitimando-se, assim, e de forma completa, não só a decisão judicial, senão a própria atividade jurisdicional.⁷³

Obviamente não se está a desconsiderar a importância da *princípio da reserva legal*. Contudo, não se deve aceitar a lei como algo alheio a limites e, assim, desconsiderar a supremacia constitucional. Noutras palavras, atualmente o conceito de reserva legal merece ser compreendido

⁷² ALEXANDRE BAHIA, alicerçado nas lições de DWORKIN, realça a importância dos princípios, esclarecendo que quando uma comunidade aceita que é governada por princípios, e não apenas por regras dadas por “*decisões políticas tomadas no passado*”, faz com que o conjunto desses princípios possa “*expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.*” (FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 321-322).

⁷³ Nessa linha, a precisa lição de JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO: “*O sistema jurídico é uma estrutura arquitetônica que tem a ordem constitucional como base, como fundamento de validade. Cada Estado está edificado a partir de uma perspectiva jurídico-política moldada na sua Lei Maior. É o modelo de Estado adotado na Constituição quem dará a formatação valorativa que deve orientar a sua estrutura jurídico-interpretativa. Isso significa que o sistema normativo infraconstitucional, de uma forma harmoniosa e sistemática, deve guardar uma perfeita sintonia axiológica com o modelo de Estado respectivo. Essa preocupação deve estar presente não só por ocasião da elaboração da norma, como também quando da sua interpretação e aplicação. Contudo, deve-se ter sempre em mente que, em se tratando de um Estado autoritário, o seu enfoque valorativo é diverso daquele correspondente a um Estado democrático. É, a partir da perspectiva de um Estado Social e Democrático de Direito, que se afirma que a norma constitucional ‘(...) passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando de uma supremacia que já não é tão-somente formal, mas também material, axiológica’* (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2ª. ed. revisada e atualizada, 2006). Isso se concretiza a partir do enfoque metodológico pós-positivista, onde não basta o atendimento meramente formal da norma, impõe-se, também, a obediência ao seu aspecto substancial, caracterizando-se, em última análise, aquilo que doutrinariamente se denomina de justiça do caso concreto. Ora, partindo-se dessa premissa e considerando que é esse o modelo de Estado implantado no nosso País com a Constituição de 1988, é possível concluir, desde já, que a construção e respectiva interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, para ter validade, deve obedecer rigidamente às linhas mestras valorativas traçadas pela Lei Maior, explícita ou implicitamente por meio das suas normas e dos seus princípios estruturantes, como, por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, entre outros, que se traduzem, em síntese, nos direitos fundamentais. A construção do edifício jurídico e sua aplicação, com efeito, deve guardar perfeita sintonia com suas bases, sobretudo com seus propósitos axiológicos. Esse equilíbrio é imperioso. Ocorre, todavia, que a eventual ocorrência de descompasso entre a orientação constitucional e o ordenamento jurídico infraconstitucional, ou entre aquela e o seu intérprete, na prática, não pode ser desprezada e, quando tal se verifica, cabe ao Poder Judiciário, como legítimo intérprete constitucional e seu guardião, fazer o controle dessa (in)compatibilidade para declarar o direito e manter o equilíbrio, arredando o que for incompatível ou adequando ao quadro axiológico, quando possível, no que for compatível”. (OLIVEIRA ROBALDO, José Carlos de. Controle de constitucionalidade: algumas reflexões. Disponível em: <www.lfg.com.br> Acessado em 05/03/2007).

em sintonia com os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Dessa maneira, não são propriamente as leis, formalmente revestidas pela representação popular, que representam a medida de atuação do juiz, vinculando-o a sua observância. Essa medida, além de qualquer outra, reside nos princípios constitucionais e direitos fundamentais, não representando a lei, por isso, a palavra hierarquicamente mais autorizada. É a Constituição Federal que confere balizas aos órgãos do poder; tanto assim que a elaboração das leis deve conservar respeito a ela. E ao juiz, por óbvio, não basta a simples repetição mecânica dessa mesma lei, ou, apenas, “selecionar” uma das interpretações apresentadas no processo pelos envolvidos. Mais do que isso, seu ofício o obriga, sempre e inescusavelmente, a conformar essa mesma lei aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, sem se olvidar das diretrizes do *modelo constitucional do processo*,⁷⁴ comprometendo, assim, sua decisão aos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Nesse novo paradigma, num giro de importância, o Judiciário tem sua função reformulada e sua influência se sobressai à do Executivo e à do Legislativo. Não se pode negar que o *princípio da legalidade* perdeu força em face da Constituição. A ideologia imanente ao atual paradigma não se sustenta naquele princípio, já que ele cedeu espaço aos enunciados constitucionais, os quais, aliás, condicionam a própria legitimidade da lei. Relativiza-se o *princípio da legalidade* e atinge-se, na sua plenitude, o *princípio da constitucionalidade*, um “direito por princípios” e não um “direito por regras”, como já ensinou um notável constitucionalista nacional.

3. A JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONCLUSÕES FINAIS

Se se acreditava que o ordenamento jurídico positivo era completo, avesso a lacunas e absolutamente claro, obviamente que ao julgador restava apenas o ofício de declarar o conteúdo da lei. Por não se aceitar uma ingerência por parte desse Estado nas relações travadas entre os particulares, o poder do juiz acabou limitado ao extremo. Essa influência direta da ideologia liberal no modo de se compreender a Ciência Jurídica contribuiu para se atribuir à jurisdição a mera atividade de atuar a lei no caso concreto, contornos esses que, ainda hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, encontram adeptos.

Contudo, essa visão reducionista do direito à lei não é mais aceitável. A sociedade tornou-se demasiadamente complexa e plural. Espera-se mais do Estado do que a mera produção legislativa. Nessa nova sociedade os valores-guia habitam a Constituição Federal, o que conduz a exigência de uma interpretação jurídica afiliada a uma matéria-prima principal. Ao Estado não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas; exige-se dele, também, a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais, circunstância que, dentre outras conseqüências, molda um novo conceito de jurisdição.

É realmente equivocado compreender-se o direito como ordenamento jurídico ou

⁷⁴ É da doutrina italiana que extrai a idéia desse *modelo constitucional do processo*, entendido como “a norma e os princípios constitucionais, respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, consentem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária.” (ANDROLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionali del processo civile italiano*. 2ª. ed. Torino : Giappichelli. 1979. p. 7).

conjunto de enunciados pré-estabelecidos e exatos. É ele algo, dia-a-dia, construído e reconstruído pelos órgãos do poder e cidadãos, através do exercício oficial, ou não, da interpretação jurídica. *Direito não é a lei, mas o resultado de sua interpretação.* E se o direito não deve ser compreendido apenas como lei, é óbvio que não basta à jurisdição simplesmente atuar essa mesma lei. A jurisdição, no Estado Democrático de Direito, não apenas atua a lei, senão ainda propriamente cria o direito⁷⁵ através da participação das partes e eventuais terceiros interessados, respeitados os ditames do devido processo legal e sempre por intermédio de uma interpretação jurídica presa à dimensão constitucional, praticada com o fim de conformar a lei aos princípios constitucionais e direitos fundamentais.⁷⁶

Persista-se nisso: numa sociedade pluralista e absurdamente complexa não haveria sentido em relegar ao legislador responsabilidade única pela criação do direito. Não é crível pensar-se no Judiciário como um mero repetidor de leis, como se efetivamente fosse o legislador munido de sensibilidade e capacidade produtiva hercúleas, que lhe autorizasse não só a intuir acerca das diversas situações conflitantes que podem vir a surgir na sociedade, como também lhe permitisse elaborar leis em número ainda mais açulado e plenamente afinadas às inúmeras e diversificadas pretensões de direito material. Por ser assim – e forte nas lições de KLAUS STERN – hoje, mesmo diante das grandes codificações legislativas, mostra-se impossível considerar-se o juiz como um mero prolator mecanicista de algo previamente pensado na lei. Ele avançou à condição de intérprete da lei, por vezes vendo-se obrigado a verdadeiramente assumir a função do legislador, isso quando a lei o abandona, por falta de clareza, por lacunosidade ou por falta de determinação, compensando eventuais “déficits” legislativos para assegurar a proteção jurídica e a certeza do direito às partes litigantes. Assim, a aplicação da lei não é mera

⁷⁵ Não se poderia deixar de citar passagem da brilhante obra “*Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um terceiro enigmático*”, de autoria do processualista CASSIO SCARPINELLA BUENO: “*A função do juiz, já não há mais como esconder essa realidade, é uma atividade criativa. Não se espera mais do juiz, apenas e tão-somente, que realize uma reflexão quase-que-lógica ou quase-que-matemática sobre dadas premissas para concluir em um ou em outro sentido, mas, bem diferentemente, que aceite, na formação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elementos diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações. Já não se pode falar, em todos e quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente subsuntiva; bem diferentemente, sua função passa a ser concretizadora, no sentido de ser criadora do próprio direito a ser aplicado, justamente em virtude da complexidade do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero conhecimento (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade criadora-valorativa (um comportamento ativo), conscientemente criadora e valorativa do juiz.*” (BUENO; Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um terceiro enigmático*. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 12-13). Noutro trecho de sua obra, ensina o mestre: “*A inafastável consequência da evolução do pensamento do direito e a concordância, entre filósofos e teóricos do direito, de que o fenômeno jurídico não pode ser pensado de forma “pura” ou “neutra”, despido de outros elementos que não os exclusivamente jurídicos, é a percepção de que o juiz, ao aplicar o direito, é um criador de normas jurídicas. O caráter “avalorativo”, típico do positivismo jurídico, já não pode ser acatado. Trata-se, é certo, de uma modalidade de criação um tanto diferente daquela que está sob responsabilidade do legislador, mas a interpretação e a aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz, que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente, criativas.*” (BUENO; Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um terceiro enigmático*. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 28-29)

⁷⁶ Oportunamente, leciona LENIO LUIZ STRECK que de nada adianta interpretar com base em preceitos infraconstitucionais, pois esses devem, obrigatória e necessariamente, passar “*pelo processo de contaminação/filragem constitucional.*” (STRECK, Lenio Luiz. *As convenções internacionais, o direito de família e a crise de paradigma em face do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre. *VI Jornada Jurídica Nacional e I Jornada Internacional de Direito de Família*, novembro de 1997, ADV, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. *Seleções Jurídicas*, março/abril de 1998, p. 55-55.

interpretação reprodutiva, mas, simultaneamente, produtiva e evolutiva.⁷⁷ É função do juiz aplicar ou implementar a lei, não apenas no sentido de repeti-la, mas complementá-la, *pensá-la até as suas últimas conseqüências, conforme o espírito do direito, sobretudo do direito constitucional e da ordem de valores que o direito constitucional fornece como orientação prévia.*⁷⁸

Nesse prisma, os traços conceituais da jurisdição sofreram sérias transformações.^{79,80} E isso porque a ideologia estatal a influenciar o caminhar da sociedade também se alterou. A

⁷⁷ Em trabalho que aponta os problemas que o racionalismo jurídico causa a atividade hermenêutica, BELMIRO PEDRO WELTER esclarece: *“A hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, afasta o racionalismo moderno, pois compreende o Direito pela linguagem do círculo hermenêutico, dos preconceitos claros e turvos, da fusão de horizontes e da história da tradição, mediante um método fenomenológico, sem fundo, abissal, mas universal. A doutrina lembra que Gadamer promove uma inquietante provocação, no sentido de afirmar que a verdade não é localizada por um método, porque a verdade é contra o método, propondo-se a demonstrar que não é por meio da objetificação que se alcança a verdade, e sim mediante o somatório do ser humano e de suas circunstancialidades, já que a compreensão consiste na meditação “dos condicionamentos e das particularidades de cada situação, rompendo as amarras impostas pelo pensamento tradicional que tornava o Direito hermético a qualquer reflexão acerca do jurista como partícipe de sua compreensão.”* (WELTER, Belmiro Pedro. O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil. *Revista dos Tribunais*, 853. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 25).

⁷⁸ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Coordenação de Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo : Malheiros Editores, 2003. p. 505-515.

⁷⁹ Na linha proposta pelo mestre LUIZ GUILHERME MARINONI, é de se ressaltar que, outrora, quando vigia o modelo do *Estado Liberal*, a lei, genérica e abstrata, dirigia-se a uma sociedade de “homens livres e iguais”, todos com idênticas necessidades. A liberdade era o valor magno e para garanti-la o Estado resolveu tratar a todos de *forma igual perante a lei*. Ainda nessa época, a lei era fruto da vontade do Parlamento, cujos integrantes representavam a burguesia – não havia, pois, confronto ideológico. (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2005. p. 13-66). Hoje, superada essa fase, as casas legislativas cederam lugar às divergências, de maneira que diferentes idéias sobre o papel do Direito e do Estado passaram a se confrontar. Daí já se constata que as normas jurídicas nem sempre são elaboradas conforme a *vontade dominante*, mas, sim, segundo *vontades políticas* de grupos de interesses, esses que se impõem, influenciando o Parlamento mediante atos de pressão (*lobbys*). E essa realidade, a qual não se pode permanecer alheio, autoriza o desenvolvimento de um raciocínio capaz de alterar o próprio conceito de jurisdição. (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2005. p. 13-66).

⁸⁰ Consoante afirmado alhures, na vigência do Estado Liberal, o legislador era visto como um ser onisciente, e a lei era o melhor sinônimo daquilo que se denomina *direito*. Ao Judiciário era atribuída uma função coadjuvante, meramente declaratória, voltada ao ato de *dizer a lei* (o juiz era a ‘boca da lei’); nessa época, *o direito foi literalmente reduzido à lei*, e a legitimidade dessa dependia, apenas, da autoridade responsável por sua criação. Se hoje, contudo, se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos de interesses, adquirindo, frequentemente, contornos nebulosos e egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. Assim – ainda segundo o preciso pensamento de MARINONI –, foi imperioso o resgate da ‘substância’ da lei e, principalmente, encontrar instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação a esses princípios de justiça, atualmente colocados numa posição superior, já que infiltrados nas Constituições. *A lei, pois, perdeu seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição*. De tudo isso, é natural a conclusão de que o juiz hodierno não mais se limita apenas a revelar a letra da lei. *Ela, a lei, deve ser compreendida à luz dos princípios constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais*, circunstância que certamente autoriza o juiz a *construir (criar)* a norma jurídica concreta, vista não como o texto legal, mas decorrente do significado obtido de sua interpretação. É o novo contorno da jurisdição, traçado em conformidade com os ideais de um *positivismo crítico*, cujo cerne não se restringe ao fato de as normas constitucionais serem o fundamento de todo o sistema jurídico, mas, também, na idéia central de que o texto da lei deve ser submetido aos princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei. (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2005. p. 13-66).

jurisdição mudou porque seu elemento histórico a forma de se interpretar/compreender/aplicar o direito igualmente mudou. Antes, a justiça guardava relação com a lei. Hoje, essa concepção ruiu, e a lei nem sempre se mostra como expressão ajustada à idéia de justiça. No Estado Democrático de Direito a noção de justiça encontra-se intimamente ligada aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais. Justiça é aquela realizada com asilo constitucional.⁸¹

E dessa ilação outra surge: é pouco atribuir à jurisdição a tarefa ordenadora. Mais que isso, deve-se conferir a ela uma *função transformadora*⁸², voltada à realização do conteúdo material da Constituição, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Embora não seja essa uma empreitada solitária, a ser realizada apenas pelo Judiciário, a ele cabe, também, um papel fiscalizador, de maneira que inércias do Executivo ou a falta de atuação do Legislativo merecem ser supridas pela atividade jurisdicional, mediante a utilização de mecanismos jurídicos devidamente previstos na Constituição

⁸¹ Ao se pretender definir o próprio Direito, ou ao menos traçar sua finalidade, é pouco afirmar que a ele cumpre a função de harmonizar as relações intersubjetivas e, assim, assegurar o equilíbrio e a paz social. Esse o lúcido pensamento do jurista CUNHA CAMPOS que, com o brilho de sua inteligência, leciona, em seus “Comentários”, que o ordenamento jurídico não consiste simplesmente em um sistema de regras destinadas a manter uma ordem. O Estado dispõe de interesses, sempre renovados em função da atividade política de onde surge o corpo de governantes. E essa realização de interesses implica a elaboração dos projetos destinados à sua consecução. O Estado projeta-se continuamente porque seus interesses se renovam. Segundo o saudoso mestre mineiro, o ordenamento jurídico corresponde a um projeto estatal, um meio de assegurar sua própria realização, tornando previsíveis e necessárias as condutas humanas direcionadas a esse fim. E na medida em que os projetos se sucedem, o ordenamento jurídico transforma-se. *A lei assegura a efetivação de uma transformação, objetiva-se a dirigir o sentido de um movimento que é inevitável.* (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 62 e seg.). Em outro trabalho de peso, CUNHA CAMPOS reafirmou sua conclusão anterior, e frisou, categoricamente, que realmente há um *projeto estatal*. E nesse projeto se fixam os objetivos e se determinam as condutas indispensáveis à sua consecução. O ordenamento jurídico traduz essas condutas de modo a obter sua ocorrência com a regularidade exigida para o êxito do projeto. (CAMPOS, Ronaldo Cunha. O objeto do processo e a posição do Judiciário. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 35. Belo Horizonte : Forense, 1975. p. 15-42). De tais lições já se percebe a deficiência de um conceito de Direito que busca restringir sua finalidade à manutenção da paz social. Certamente que os conflitos de interesses representam fator suscetível a comprometer o sucesso desse projeto. Daí a necessidade de leis aptas a nortear condutas e evitar conflitos. A ordem social integra o projeto estatal, mas esse nela não se resume. É de se dizer que hodiernamente, em tempos imbuídos pelo constitucionalismo, numa sociedade pautada pela ideologia de um Estado Democrático de Direito, esse projeto estatal, mais do que nunca, permanece vivo, também no ordenamento jurídico globalmente considerado, mas essencialmente na própria Constituição Federal. É a Constituição Federal o fundamento de validade do ordenamento jurídico, responsável pela corporificação da própria atividade político-estatal, conforme ensina LENIO LUIZ STRECK.

⁸² Para além de um mero papel de ordenação, o Direito passa a assumir função de transformação da realidade social. No Estado Democrático de Direito – ainda seguindo a lição de STRECK – a Constituição é a explicitação de um *contrato social*, uma norma diretiva fundamental que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais. Essa noção de Estado acopla-se, pois, ao conteúdo material da Constituição, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade, servindo-se a lei de instrumento voltado à ação estatal na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002. p. 27 e segs.). Assim, a paz social é imperativa. A instituição de leis segue também rumo à composição de conflitos intersubjetivos, os quais, se não controlados, inviabilizariam a convivência social. Contudo, é essa idéia insuficiente para se compreender adequadamente a finalidade do Direito na sociedade. Hoje, o ordenamento jurídico deve ser construído com alicerce na Constituição e seu fim dirige-se também à promoção das metas nela definidas (Constituição como *plano estatal*, um *plano de metas de um agir político-estatal*), à garantia e consecução de seu núcleo básico, representado pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais num viés visivelmente transformador.

edificadora do Estado Democrático de Direito.⁸³

Enfim, atualmente é truncada a definição de jurisdição que se limite a considerar seu aspecto pacificador. É abreviação descuidada e alheia à ideologia do Estado Democrático de Direito. Deve-se concebê-la sem que se relegue a inescusável atividade interpretativa, cuja finalidade é a de conferir significação ao texto normativo alinhada aos *princípios constitucionais* e aos *direitos fundamentais*, isso sempre num norte voltado a consecução de valores substanciais explicitados na norma diretiva-fundamental (Constituição Federal). *Para além de ordenar e conformar interesses, a jurisdição igualmente transforma e constrói !*

4. Summary:

The article evidences the closest relationship between jurisdictional activity and juristic interpretation. When consider the juristic interpretation as an element – variable or historic element – characteristic of the jurisdiction, become clearer why the difficulties always meet up with doctrine to check a last perfect definition. Therefore, this work intent to give evidence what the jurisdiction doesn't become attached to a simple ordering duty. In the Democratic State of Law, it's proposed overcome the primary function, guiding to contribute to the fundamental promises included in the Federal Constitution. (Transformed Function).

Key-words: Jurisdiction. Interpretation. Liberal State. Social State. Democratic State of Law. Ordering. Transformed Function.

5. REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ANDROLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionali del processo civile italiano*. 2ª. ed. Torino: Giappichelli. 1979.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BOBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. II. 2ª. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- BUENO; Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Vol. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 62 e seg.
- _____. O objeto do processo e a posição do Judiciário. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 35. Belo Horizonte: Forense, 1975. p. 15-42.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. A contribuição do direito administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.º 1, p. 11-20, março 2001.
- FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002. p. 32-33.

- FREIRE SOARES, Ricardo Mauricio. *Reflexões sobre o direito principiológico*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_novembro2006/principal.htm>. Acessado em: 11/12/2006.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2a. ed.. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66
- NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Coordenação de Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 356-376.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acessado em: 11/12/2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996.
- OLIVEIRA ROBALDO, José Carlos de. Controle de constitucionalidade: algumas reflexões. Disponível em: <www.lfg.com.br> Acessado em 05/03/2007.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: Pereira, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PRADE, Péricles. Interesses difusos: expressão ideológica e hermenêutica. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 53. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 131-144.
- QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- REGIS, André. Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro. *Revista ESMAFE*. p. 191-216. Disponível em: <http://www.am.trf1.gov.br> . Acessado em: 25/08/2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da justiça. *Revista de direito processual*, 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Coordenação de Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 505-515.
- STRECK, Lenio Luiz. As convenções internacionais, o direito de família e a crise de paradigma em face do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre. *VI Jornada Jurídica Nacional e I Jornada Internacional de Direito de Família*, novembro de 1997, ADV, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Seleções Jurídicas, março/abril de 1998.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A crise da modernidade e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. 165. Brasília: Senado Federal, Sub-Secretaria de Edições Técnicas, 2003. p. 231-238.
- WELTER, Belmiro Pedro. O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil. *Revista dos Tribunais*, 853. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 11-57.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TEMPO DE MUDANÇA E DE FORTELECIMENTO

Paulo Fernando Silveira¹

RESUMO:

Comemorando os vinte (20) anos de existência da constituição de 1988 – a constituição-cidadã na expressão de Ulisses Silveira Guimarães –, este artigo enfoca a premente necessidade de mudança de mentalidade do judiciário brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal, como poder não eleito, de característica antimajoritária, de modo a se tornar, de fato, um poder político independente, de igual dimensão constitucional dos demais ramos eleitos governamentais, de cunho majoritário, que elaboram as medidas-provisórias, as leis e as emendas constitucionais. Assim, poderá, forçando pelo exercício de sua missão constitucional de freios e contrapesos – mediante aplicação dos princípios constitucionais, sem esperar pela vinda de leis – proteger, com efetiva eficácia, sua própria independência e o exercício dos direitos individuais, de dimensão minoritária.

Palavras-chave: Independência do judiciário. Poder antimajoritário. Mudança de mentalidade no judiciário. Controle das medidas-provisórias, leis e emendas constitucionais. Aspectos majoritários da legislação. Dimensão minoritária dos direitos individuais.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Um passado honrado, porém constitucionalmente nada enaltecedor, do judiciário brasileiro – 3. Alguns aspectos a considerar – 4. Em defesa de sua independência – 4.1 Provimentos definitivos – 4.2 Limitação da competência jurisdicional – 4.2.1 Relaxamento de prisão de deputado e senador pela respectiva Casa – 4.2.2 Concessão de liminares – 4.2.3 Ausência de lei regulamentadora de dispositivos constitucionais – 5. Em defesa da Constituição – 5.1 Emendas à Constituição – 5.2 Emendas constitucionais e o princípio republicano – 6. Em defesa do Poder Legislativo – 6.1 Medidas provisórias – 6.2. Controle da elegibilidade de candidato, levando em consideração sua vida pregressa – 7. Valorização política das decisões do Supremo Tribunal Federal – 7.1 Peculiar natureza antimajoritária – 7.2 Pronunciamento único da Corte em vez de voz individual discordante de cada ministro – 8. Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal – 8.1 Necessidade de se alterar urgentemente a Constituição para se permitir o recebimento, em caráter discricionário, dos recursos especiais e extraordinários – 8.2 Quantidade de recursos extraordinários – 8.3 Juízo de admissibilidade – 8.4 Demonstração de repercussão geral – 9. Da quebra do princípio do devido processo legal – 9.1 Prazos maiores para os órgãos da União e o recurso de ofício – 9.2 Assento privilegiado do ministério público nas audiências judiciais – 10. Imunidade parlamentar – 11. Conclusão – 12. *Abstract* – 13. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Passar a ser, efetivamente, um corpo político independente, da mesma importância dos demais ramos governamentais, de sorte a exercer, como poder não eleito, de característica antimajoritária, a defesa dos direitos individuais, eminentemente minoritários, em face das leis e

¹ Juiz Federal (aposentado). Jurista. Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro-ALTM.

emendas constitucionais elaboradas pelos poderes eleitos, de feição majoritária, constitui o maior desafio a ser enfrentado pelo judiciário brasileiro, mormente pelo Supremo Tribunal Federal.

2. UM PASSADO HONRADO, PORÉM CONSTITUCIONALMENTE NADA ENALTECEDOR, DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A constituição republicana de 1891 foi, sabiamente, copiada por Rui Barbosa da constituição americana de 1787. Lá, o poder judiciário constitui um poder político, já que por força interpretativa da *Supreme Court* foi instituído o *judicial review*, pelo qual o juiz pode anular as leis aprovadas pelos poderes eleitos (legislativo e executivo). Desprezou-se o modelo francês de repartição dos poderes, então em voga, pelo qual o judiciário é escravo da literalidade da lei, sem força política para anulá-la. Ao adotar o paradigma constitucional americano, visou-se libertar o poder judiciário brasileiro do jugo do executivo, vez que até então o imperador, no exercício acumulado do poder executivo e do poder moderador, podia nomear e demitir juizes, de acordo com sua exclusiva conveniência. Pela primeira vez na história brasileira o judiciário foi equiparado politicamente aos demais ramos governamentais, ao lhe conferir o poder de ser a última palavra na interpretação da constituição e das leis a ela subordinadas. Esse assunto será mais bem explicado no item 6.1 abaixo.

Contudo, tal equiparação até agora não ocorreu, de fato, plenamente. Se, formalmente, a teor das diversas constituições que permearam o período republicano, recheado de atos arbitrários do executivo, exercido, quase sempre, por governo ditatorial, o judiciário sempre foi considerado um poder político, na prática ele nunca desempenhou, com a amplitude autorizada pela Carta Política e requerida por uma sociedade escravizada pelas leis, a sua missão constitucional, notadamente a de defender os direitos individuais contra os ataques do Estado.

Fraco e cambaleante, o judiciário brasileiro sempre optou pelo formalismo, priorizando o positivismo da lei, aceitando-a tal como expressa, salvo pequenas interpretações vernaculares, sem lhe agregar, em face dos princípios constitucionais, algum valor social adicional, ou restringir-lhe, por força desses mesmos princípios, os privilégios e desigualdades nela contidos. Daí por que, no Brasil, pouca diferença faz a raça, o sexo e a religião do juiz, ou se tem visão conservadora ou progressista do mundo, se é culto ou bisonho (desde que passe no concurso), já que ele – preso à literalidade da lei, conforme a história comprova – não vai interferir na valorização da norma jurídica, cujo conteúdo e abrangência sempre foram delineados, de modo inalterável, pelos poderes eleitos (legislativo e executivo).

Passar a ser um poder político, de modo a ajudar a construir uma nação, tão carente de diretivas sábias e desinteressadas, de modo a, sentido as reais necessidades do povo, em cada momento histórico, exercer o seu papel constitucional, confrontando-se, necessariamente, com o poder executivo na interpretação da constituição e balizando as leis dentro dos princípios ali expressos (já que o legislativo historicamente sempre se comportou como mero apêndice do executivo, vergando-se aos interesses do governo que está, momentaneamente, no poder), revela-se uma necessidade premente de nosso judiciário, capitaneado, é lógico, pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser o primeiro a dar o exemplo e não aquele que, costumeira e decepcionantemente, tem anulado as iniciativas das esferas inferiores.

Ultimamente, após de mais de um século de pseudo-república democrática – os períodos ditatoriais dos governos de Artur Bernardes (1922/26), de Getúlio Vargas (1930/1945) e

dos militares (1964/1985) contribuíram para a fragilidade do judiciário, pois nesses períodos sua jurisdição foi diminuída, ora por emendas constitucionais, ora por atos institucionais –, o judiciário, principalmente suas cortes inferiores, têm, devagarzinho, procurado se firmar como poder político. Não obstante, falta mudar muito a cultura legalista/positivista que está enraizada na mente dos juizes. Longo é o caminho e muitas lutas ainda terão de ser travadas até que o judiciário adquira, de fato, o seu *status* constitucional de poder político.

3. ALGUNS ASPECTOS A CONSIDERAR

Para se tornar um poder político independente, o judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, necessita, *data venia*, alterar sua mentalidade judicial (*judicial mind*), tais como as abaixo elencadas, a fim de ajudar a realizar o bem estar social por meio de interpretação construtiva da constituição – sem esperar por leis que regulem as normas constitucionais – ao reger os casos que lhe forem submetidos, ainda que deflagre o inevitável confronto com o poderoso poder executivo. Numa democracia, o ocasional embate entre os poderes políticos é essencial, necessário e salutar.

4. EM DEFESA DE SUA INDEPENDÊNCIA

4.1 Provimentos definitivos

Tem-se como evidente por si que, como regra, toda vez que o Estado brasileiro legisla, por meio de seus poderes eleitos, majoritários, por qualquer meio (emenda constitucional, lei e medida provisória), o indivíduo perde, imediatamente, dinheiro (em casos de tributação e multas administrativas) ou parte de sua liberdade (restrições administrativas e/ou tipificação de antiga conduta, antes lícita, agora como tida delituosa). Mesmo os direitos assegurados na constituição raramente são plenamente contemplados na legislação que, às vezes, ignora-os ou não lhes dá eficácia. Dificilmente aparece uma lei concessiva de direitos outros que não os já mencionados na lei fundamental.

Daí surge a necessidade, numa república democrática, da existência do poder judiciário independente, como poder não eleito, por isso mesmo de feição antimajoritária, para controlar os ramos eleitos, a fim de que só atuem dentro dos precisos termos em que autorizados pela constituição, considerados, principalmente, os princípios fundamentais, os valores sociais e os direitos individuais nela inseridos, superiores que são às regras constitucionais e às leis, estas de inferior hierarquia.

Justamente pela magnitude de sua missão constitucional, o judiciário não pode ser usado pelos ramos majoritários a fim de escoimar da lei suas impurezas, mediante pronunciamento feito somente com base na análise em tese, antes de se saber os seus múltiplos e incertos efeitos sobre o povo, ou antes de se ter, com base nela, um caso concreto submetido a exame por uma instância inferior. Há de se modificar, pois, o atual modelo de controle constitucional concentrado.

Com efeito, por conta dele, figura na constituição a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual – ADI e a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal – ADC (CF-art. 102, I, a).

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) se distingue da ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), já que esta opera em favor do povo, contra a ação legislativa governamental, que restringe direitos ou impõe tributos, sanções ou obrigações ao indivíduo, enquanto que pela primeira o governo tenta obter, antecipadamente, já prevendo que a lei será atacada por inconstitucionalidade perante o judiciário de primeiro grau, uma bênção saneadora do Supremo Tribunal, de modo a fazer calar aqueles que contra ela, fatalmente, se insurgiriam.

Não obstante sua nobre finalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI) ressent-se de dois vícios perigosos: a supressão da instância e a solitária decisão de cúpula. A cláusula do devido processo legal (*due process of law*), contida nos itens LIV e LV do art. 5º da constituição federal, abomina, como inconstitucionais, decisões das quais não caibam recursos. Por isso, o dispositivo ressalta o direito à ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Como o Supremo Tribunal Federal é a maior e última instância, das decisões por ele proferidas não cabem recursos para nenhum outro tribunal. Aí, reside o perigo para o regime democrático. Bem apropriado ao caso se apresenta a advertência do *Chief Justice* Warren E. Burger, da Suprema Corte Americana, quando diz:

Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso do que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises [...] Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública, ou pessoal que a opera, pode estar acima do debate público.²

Para se vencerem esses dois obstáculos, o melhor será, em se mantendo o controle concentrado de inconstitucionalidade, impor o duplo grau de jurisdição, com os recursos inerentes, como quer a constituição, em face do princípio do devido processo legal, por ela adotado, que prevalece sobre a norma constitucional. Assim, numa interpretação construtiva, admitir-se-á a ação declaratória de inconstitucionalidade, desde que seja ajuizada, pelas pessoas elencadas na carta política, perante os Tribunais Regionais Federais.

Já no que concerne à ação direta de constitucionalidade (ADC), ela é, *permissa venia*, intolerável em face dos princípios que informam e dão fundamento à nossa constituição federal. O dispositivo que a autoriza é, a meu ver, inconstitucional, pois fere o princípio da separação dos poderes, eis que em razão deste o Supremo Tribunal Federal, como poder político independente, não pode funcionar como mero parecerista, para dizer a pedido do governo, *a priori*, na ausência de um caso concreto, envolvendo uma disputa litigiosa, já apreciada pelas cortes inferiores, que uma lei ou ato normativo federal é constitucional.

Ao se sujeitar à literalidade desse preceito, o Supremo Tribunal Federal – com o devido respeito – despe-se de sua dignidade constitucional, ficando subordinado aos outros ramos governamentais, que o utilizam como emissor de parecer teórico sobre a virtual constitucionalidade de uma lei, ou ato normativo federal, já que ninguém, de bom senso, pode prever os inúmeros ângulos de inconstitucionalidade que um ou outro pode, de fato, suscitar no mundo real. Mesmo as palavras, constantes das próprias normas constitucionais, não podem, antecipadamente, ter o seu sentido fixado de modo perene, nem antevistas como tendo um só

² Woodward, Bob; Armstrong, Scott. **Por Detrás da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 7.

significado, nem pelo mais dotado dos seres humanos, ou o mais renomado de seus intérpretes, quando esses vocábulos forem confrontados com os fatos, cambiantes, multiformes e variados no tempo, da vida real.

Vale lembrar que também nos Estados Unidos o poder executivo tentou despojar a *Supreme Court* de sua independência, transformando-a em Corte de consulta (***advisory opinion***), o que foi rejeitado por ela, como exposto em meu livro “Devido Processo Legal – *Due Process of Law*”³:

A experiência demonstrou a sabedoria das ponderações de Hamilton. Mesmo na América, o judiciário demorou a conquistar um lugar de honra como poder político equivalente aos demais. O primeiro teste aconteceu logo no início da república. Bernard Schwartz relata que em 1793, o presidente Washington, através de uma correspondência encaminhada aos Justices por Jefferson, então Secretário de Estado, procurou aconselhamento da Suprema Corte numa série de problemáticas questões abstratas sob a égide do direito internacional, que já haviam ocorrido ou poderiam ocorrer brevemente. O Chief-Justice John Jay e seus associados primeiro adiaram a resposta até a reunião da Corte e, então, três semanas depois, responderam polidamente, mas firmemente, declinando dar a solicitada resposta.⁴

Laurence Tribe ensina que as Cortes Federais são barradas pelo requisito do caso concreto controverso de decidirem questões abstratas, hipotéticas ou contingenciais. A proibição remonta à celebrada recusa da Suprema Corte, na gestão do *Chief-Justice John Jay*, de aconselhar informalmente o Presidente Washington sobre questões relacionadas com a neutralidade dos Estados Unidos na guerra européia de 1793 e por uma anterior recusa, por um membro daquela mesma Corte, em dar aconselhamentos extrajudiciais ao Congresso e ao Secretário da Guerra sobre requerimentos de pensões.⁵

Desde então, considerou-se inconstitucional a apreciação de casos abstratos ou hipotéticos. A adjudicação judicial só poderá ocorrer em face de um caso concreto. Esclareceu-se que um caso ou controvérsia no sentido de um litígio maduro e certo para adjudicação constitucional pela Corte implica uma real contenda. (*A case or controversy in the sense of a litigation ripe and right for constitutional adjudication by this Court implies a real contest*). Um ano antes, no caso *Hayburn* (1792), os *Justices* haviam decidido que não poderiam, como juízes, emitir decisões que seriam sujeitas à revisão por outro corpo ou autoridade do governo. (*As judges, render decision that were subject to revision by some other body of officer*).⁶

³ Silveira, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – Due Process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed, 2001, p. 104-106.

⁴ Schwartz, Bernard. **A history of the Supreme Court**. USA: Oxford University Press, 1993, p. 25: *In 1793 President Washington, through a letter sent to the Justices by Secretary of State Jefferson, sought the advice of the Supreme Court on a series of troublesome “abstract questions” in the realm of international law “which have already occurred, or may soon occur”. Chief-Justice Jay and his associates first postponed their answer until the sitting of the Court and then, three weeks later, replied politely but firmly, declining to give the requested answer.*

⁵ Tribe, Laurence H. **American Constitutional Law**. USA: Foundation Press, 1988, 2ª ed., p.73: *The ban on advisory opinions traces from de Supreme Court’s celebrated refusal under Chief-Justice Jay to advise President Washington informally on questions relating to the neutral status of the United States in de European war of 1793, and from de earlier refusal by members of that same Court to give extrajudicial advice to Congress and the Secretary of War on pension applications.*

⁶ Schwartz, Bernard. **Op.lg.cit.**

Daí por que se me afigura inconstitucional o artigo 28, do Código de Processo Penal, que determina ao juiz, se não concordar com o pedido de arquivamento do inquérito policial, que o remeta, com as suas razões, ao procurador-geral para este decidir se oferece a denúncia ou insiste no pedido de arquivamento, quando então o juiz é obrigado a atendê-lo. O correto – já que o pronunciamento judicial (cuja força não pode ser ignorada por nenhuma autoridade) só pode ser cassado ou reformado dentro da própria esfera do poder judiciário, por meio dos recursos postos à disposição do prejudicado, no caso o ministério público – é que o promotor de justiça colha antes, administrativamente, o assentimento do procurador-geral, ou do órgão especial encarregado desses casos, permitindo o seu encerramento e já venha a juízo munido desse consentimento, quando, então, o magistrado acatará o pedido em respeito à posição do ministério público como senhor da ação penal (defensor dos interesses da sociedade).

4.2 Limitação da competência jurisdicional

Decorre do princípio da separação dos poderes que nem o Legislativo (através de emendas constitucionais e leis) nem o Executivo (no Brasil, por Medidas Provisórias) pode, constitucionalmente, impor atribuições outras ao Judiciário, que não sejam próprias desse poder, ou retirar de sua competência privativa o que for inerente ao seu poder, ou determinar que o exercício deste seja executado de outra forma, que não a jurisdicional, isto é, de maneira judicial, mediante decisões e julgamentos proferidos dentro de um processo, com efeito de provimentos cautelares ou sentenças definitivas, não sujeitos à revisão pelos outros departamentos do governo, salvo quando superados por emendas constitucionais.

A verdade dessa proposição, que tem origem no princípio acima, é manifesta, uma vez que a constituição, pelo princípio da separação dos poderes, atribui ao judiciário a jurisdição e especifica sua competência. O poder de dizer o direito, mediante julgamentos, não pode ser restringido ou anulado, sob pena de inconstitucionalidade. A função do juiz de primeiro grau de julgar os casos que lhe são apresentados e dos tribunais de julgar apelações decorre diretamente dos princípios democráticos adotados pelo regime de governo e tem como fonte direta a própria carta política. Além do mais, o poder concedido ao legislativo para modificar, por meio de emendas, a competência dos órgãos jurisdicionais só se admite quando não abole, destrói ou diminui a jurisdição destes. Por meio de lei, ele não pode alterar as competências constitucionalmente atribuídas.

Convém lembrar, neste momento, a opinião do *Justice Curtis*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, lançada há mais de um século e, ainda, considerada como estrela polar das limitações do Congresso em termos de abordagem, pelo legislativo, do exercício do poder jurisdicional (*Murray's Lessee v. HobokenLand and Improvement Co.-1855*). Para ele – o que se tornou doutrina pacífica na América do Norte –, o Congresso não pode retirar do conhecimento judiciário qualquer assunto que, pela sua natureza, é objeto de uma ação pelos costumes ou pela equidade, ou pelo almirantado, nem, na outra mão, trazer para apreciação do poder judiciário uma matéria, que, pela sua natureza, não é sujeita à determinação judicial.⁷

⁷ Tribe, Laurence H. Op.cit., p. 51: *We do not consider Congress can either withdraw from judicial organization any matter which, from its nature, is the subject of a suit at common law, or in equity, or admiralty; nor on the other hand, can it bring under the judicial power a matter which, from its nature, is not a subject for judicial determination.*

Em razão disso, no Brasil, a jurisdição faz parte do núcleo pétreo, contida no princípio da separação dos poderes e nas garantias dos direitos e garantias individuais, ambos não modificáveis por emenda à constituição (CF, art. 60, § 4º). Portanto, há limitações que recaem sobre a maioria, ainda que sua vontade seja instrumentalizada mediante emendas constitucionais ou por leis, oriundas dos poderes eleitos, majoritários. A respeito, adverte *Robert H. Bork*:

Há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democraticamente que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para a liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesses aspectos da vida uma tirania. [...] A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas próprias deixadas para a liberdade individual [...].⁸

E, ao poder judiciário, compete, obrigatoriamente, proteger-se das intrusões dos outros poderes e, precipuamente, assegurar os direitos fundamentais.

Alexander Hamilton, no *Federalista* nº 78, salientou, de forma lapidar, essa função magna atribuída ao judiciário, *verbis*:

É muito mais racional supor que as Cortes foram desenhadas para ser um corpo intermediário entre o povo e o legislativo, de modo, entre outras coisas, manter o último dentro dos limites designados para sua autoridade. A interpretação das leis é a província própria e peculiar das Cortes. A constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes, como uma lei fundamental. Por consequência, pertence a eles declarar seus significados, como também o sentido de qualquer ato particular proveniente do corpo legislativo. Se acontecer de haver uma variação entre elas, aquela que tem obrigação e validade superior deve, certamente, ser preferida; ou, em outras palavras, a constituição deve ser preferida à lei, a intenção do povo à intenção de seus agentes.⁹

Note-se que as nossas constituições republicanas, desde a primeira de 1891, sempre adotaram o modelo americano, do qual são cópias quase fiéis no que se refere à estrutura do governo e à repartição das competências políticas constitucionais e à independência dos ramos legislativo, executivo e judiciário.

4.2.1 Relaxamento de prisão de deputado e senador pela respectiva Casa

Em face do acima exposto, é inconstitucional, por desafiar o princípio da separação dos poderes, a regra constitucional que autoriza o relaxamento de prisão de deputados e senadores por voto da maioria dos membros das respectivas Casas (CF-art. 53, § 2º).

⁸ Garvey, John H. and Aleinikof, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. USA: West Publishing Co., Second Edition, 41: *There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom...*

⁹ Hamilton, Alexander. **The Federalist**. USA: The Easton Press, 1979, p. 522-523: *It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*

Essa regra é inconsistente com o princípio da separação dos poderes, pelo qual se atribui ao judiciário, com exclusividade, dizer a última palavra sobre *o que a lei é*, sendo que, no caso, há uma usurpação de funções, pois o legislativo não tem a função nem o poder de julgar criminalmente (tarefa afeta constitucionalmente ao poder judiciário), só podendo proferir julgamentos nos processos administrativos de seus servidores (sujeitos à revisão pelo judiciário), ou politicamente, nos casos previstos de *impeachment*.

Não se argumente que o caso está previsto na própria lei fundamental. Repudia esse raciocínio o fato de que as regras constitucionais não de guardar sintonia com os princípios constitucionais (no caso, o da separação dos poderes e o da igualdade de todos perante a lei), que estão acima das regras e, por isso, são prevalentes. Atente-se que há na carta política diversas normas, nela inseridas inconstitucionalmente. Esse só fato não as torna intocáveis.

Tome-se por exemplo a inconstitucionalidade da emenda constitucional 20/98, que inseriu o inciso VIII, no art. 114, da constituição federal (repetido pela emenda 45/04), determinando que a Justiça do Trabalho proceda, de ofício, à execução das contribuições sociais a favor da seguridade social, decorrentes das sentenças por ela proferidas, como demonstrei largamente em outro lugar¹⁰, cujos argumentos são aqui resumidos. São três as inconstitucionalidades do dispositivo constitucional, a ver: 1. Torna a Justiça do Trabalho em parte exeqüente, como substituta processual do INSS, o que é uma evidente aberração constitucional, pois um poder político (o judiciário) passa a funcionar como representante do outro ramo governamental (executivo), do qual é e tem que se manter independente, e não em posição dúplice, isto é, de credor exeqüente e julgador da execução, o que não é tolerável; 2. A Justiça do Trabalho atua usurpando a competência, absoluta e improrrogável, da Justiça Federal, única competente para o julgamento das execuções dos créditos da União e de suas autarquias federais (CF-art.109, I). A delegação à justiça estadual, nas comarcas do interior, também é inconstitucional. 3. A constituição do crédito tributário – no caso, a própria sentença trabalhista – não é sustentável ante o princípio do devido processo legal, albergado na lei fundamental (CF-art.5º, incisos LIV e LV), eis que, diferentemente da lide trabalhista, da qual decorre, o crédito tributário segue normas específicas quanto à sua constituição, nos termos do Código Tributário Nacional, pelo qual se permite ao suposto devedor o exercício da mais ampla defesa no decorrer das várias fases de sua apuração (autuação, lançamento, notificação e inscrição na dívida ativa).

4.2.2 Concessão de liminares

De igual maneira, são inconstitucionais as leis, como algumas já existentes, que restringem a outorga de liminares em determinadas matérias, ou que obrigam o juiz a ouvir, antes, determinado órgão do executivo, já que a concessão de liminar, estando presentes a plausibilidade do direito e o risco de iminente ameaça a ele ou de perda dele, é da essência mesma do poder judiciário (ele foi criado justamente para aferir a constitucionalidade das leis e proteger os direitos individuais), função primordial esta que não pode ser encurtada pelos demais ramos do governo que elaboram as leis.

Revela-se sem sentido falar-se em “indústria de liminares” quando o provimento

¹⁰ Silveira, Paulo Fernando. **Tribunal Arbitral-Nova Porta de Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 293.

judicial cautelar ou definitivo reveste-se, ontologicamente, da obrigatoriedade de ser concedido, quando assim o juiz entender, ante a missão constitucional atribuída unicamente ao judiciário de agir em defesa de direito lesionado ou para evitar ameaça de seu perecimento ou extinção. Ademais, a liminar concedida em primeiro grau pode ser submetida, por meio dos recursos próprios, à apreciação dos tribunais que imediatamente a cassarão se for abusiva ou ilegal.

Viu-se que a lei não pode limitar a função primordial do Supremo de ser a última palavra na interpretação da magna carta, sendo que sua decisão só pode ser superada por uma emenda constitucional. Todavia, o procedimento de se fazer a própria emenda está inserido de forma incorreta na constituição brasileira, posto que ele fere, gravemente, o princípio do federalismo. Simultaneamente, essa irregular forma de emenda viola o princípio da separação dos poderes e põe em risco a independência dessa Corte Suprema, ante a ameaça que sofre, a todo tempo, de os congressistas, em não lhes agradando a decisão, fazerem, de pronto, uma emenda constitucional para anulá-la. Isso é constitucionalmente insustentável, como se verá no tópico próprio, abaixo.

Quanto ao fato de o dispositivo limitador da jurisdição constar da própria carta política, ou ter sido nela inserido por meio de emenda constitucional, nada impede o Supremo Tribunal Federal de lhe negar efeito, já que todas as normas constitucionais se submetem aos princípios constitucionais, prevalentes, máxime os estruturantes da Nação, que são primordiais, tais como o federalismo, o da separação dos poderes e o da moralidade pública.

4.2.3 Ausência de lei regulamentadora de dispositivos constitucionais

De outra sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode, *data venia* omitindo-se e abdicando de sua obrigatória missão constitucional, deixar de interpretar as normas constitucionais, sob o falso argumento de que dependem, ainda, da edição de lei regulamentadora. Ora, na falta de lei e no exercício de sua função de intérprete final dos princípios e normas embutidos na Constituição, ele deve, nos seus julgamentos, para ajudar a construir o arcabouço jurídico do país, reger o caso concreto, balizando constitucionalmente os seus contornos e especificando o alcance do direito posto em juízo. A lei, se vier, terá que respeitar essa orientação, podendo, contudo, ampliar o direito, estendendo-o a outras hipóteses não contempladas na decisão da Corte.

Como o Supremo Tribunal não pode obrigar o Congresso Nacional a legislar, deve, ao julgar o caso concreto de norma não regulamentada por lei, traçar as linhas mestras do direito em exame, assegurado pela norma, aplicando, para esse fim, os princípios constitucionais ou o valor intrínseco inserido na norma questionada. O que não se pode permitir é o desprezo e abandono do valor contido na regra constitucional por falta de lei regulamentadora. Na lei fundamental não há vocábulos vazios de conteúdo, nem palavras mortas ou ineficazes. As regras, ditas programáticas, nasceram para se realizar. Do contrário, constituem normas que só conferem direito na aparência, apenas decorando a carta política. São, portanto, enquanto não se realizarem, de valor nenhum.

Marks e Cooper analisam casos semelhantes enfrentados pelo judiciário americano ante a inércia legislativa. Trazem a lume, primeiramente, uma decisão negativa da Suprema Corte do Estado de Dakota do Norte (ex. rel. *Vogel v. Garass*, em 1978), afirmando que

“como regra geral, quando uma constituição estadual recomenda uma ação legislativa, impõe um dever moral às legislaturas, que o Judiciário não pode forçar”.

Logo depois, em outro caso (*Dade county Classroom Teachers Association v. Legislature*, em 1972), explicam que a Suprema Corte do Estado da Flórida

[...] respondeu ao fracasso do legislativo em editar a legislação recomendada pela constituição, de modo a garantir que os empregados públicos pudessem efetivamente engajar num acordo coletivo. A corte concedeu que não poderia forçar o legislativo a editar a legislação prevista. Todavia, não disse, como fez a Suprema Corte do Estado de Dakota do Norte que não existia remédio. A corte aconselhou o legislativo que se, dentro de um prazo razoável, ele não seguisse o mandamento constitucional, o tribunal ‘não teria outra escolha senão introduzir tais linhas mestras através de decreto judicial, de tal maneira que pareça ao tribunal melhor adaptados a encontrar os requerimentos da constituição. A ameaça foi suficiente. O legislativo logo após, bem depressa cumpriu com seu dever constitucional.¹¹

Mesmo as normas programáticas, tidas pela doutrina brasileira como inaplicáveis senão após a mediação do legislador, são, à luz do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, inerentemente de imediato exequíveis, bastando ao Judiciário dar-lhes eficácia gradual, de conformidade com as possibilidades materiais da conjuntura histórica do momento.

Canotilho, igualmente, repudiou essa interpretação restritiva – tão ao gosto dos que, escondendo-se atrás da lei, não têm que tomar posições inovadoras, naturalmente incômodas – ao dizer:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelo ao legislador’, programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucional idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (*Crisafulli*). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela ‘interpositio’ do legislador; é a positividade das normas-fim e normas tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: **1.** vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); **2.** vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração

¹¹Marks Jr, Thomas C. and Cooper, John F. *State Constitutional Law*. USA: West Publishing, 1988, p. 30.

como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3. vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ (Aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são ‘actuais’, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, ‘simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor’ (Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de ‘apelação directa’ e em que medida é exequível por si mesma.¹²

O fato de a magna carta trazer dispositivos que nunca foram dotados de eficácia pelo judiciário, que ficou no aguardo de legislação a ser editada pelos congressistas, quebra também um princípio básico inerente ao sistema legal: a lei deve trazer estabilidade, mas é também movimento, devendo acompanhar, em sua dinâmica, a mudança dos tempos. O excesso de leis, porém, causa mais instabilidade social do que a existência de poucas, que geralmente são conhecidas pelo povo e por ele colocadas em prática. À norma estática e genérica – que já nasce literalmente atrás dos fatos –, compete ao Judiciário soprar-lhe sempre o vento da vida, alentando-a e conformando-a aos fatos modernamente ocorrentes. Do contrário, ou nunca nasce, ainda que declarado o nascimento, ou fenece por inanição. Não se pode nem se deve ficar aguardando legislação, tornando-se aí o judiciário um poder inoperante, esclerosado, que não contribui para o progresso do país, nem atende as necessidades da comunidade, tampouco ajuda a indicar ao legislador as mudanças sociais imprescindíveis e detectadas. Por carência de atuação, o Judiciário contribui enormemente para o agravamento das crises institucionais, favorecendo, por anemia, a quebra da paz e o aparecimento da ditadura.¹³

Subordinando-se a eficácia e concretude da norma carente de regulamentação à vinda de lei (que costumeiramente jamais acontece, tal como o direito do empregado na participação no lucro da empresa, previsto em regra inserida na constituição de 1946 e até hoje sem aplicação prática, em decorrência da omissão interpretativa do Supremo Tribunal ao longo dos anos), significa dizer que a carta política, que é impositiva para os três poderes da república, fica sujeita, para sua aplicação real, à vontade de um só deles, ou seja, do legislativo.

Ora, sabe-se perfeitamente que as leis representam a vontade dos poderes eleitos (legislativo, que as cria, e executivo, que as sanciona e executa), cuja validade, em face da lei fundamental, é controlada pelo judiciário, enquanto que a constituição decorre da vontade do povo, que é maior do que a de qualquer um dos ramos governamentais. A vontade popular é positivada na carta política pelo poder constituinte originário ou derivado.

¹² Canotilho, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Portugal: Almedina, 1996, p.184-185.

¹³ Silveira, Paulo Fernando. **Silveira, Paulo Fernando. 500 Anos de Servidão – A lei como instrumento de dominação política no Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 661.

Como na constituição, que é emanção do poder popular, os três ramos governamentais têm limitada sua esfera de competência, não se concebe, seriamente, que essa mesma magna carta, que expressou valores convergentes e inarredáveis em suas normas, fique, para sua realização plena, na dependência da vontade única do legislativo, ao fazer ou não as leis regulamentadoras, quando o Supremo Tribunal Federal tem o dever de aplicar todo o conteúdo da constituição independente de lei infraconstitucional, por isso mesmo, de inferior hierarquia. Ou seja, não pode a norma constitucional, superior hierarquicamente, em que se reconhecem direitos e garantias, ficar na dependência, para sua implementação, da vontade do editor da lei, que é obviamente inferior à do povo e de cuja harmonia com esta depende a sua validação.

Observada essa lógica, a exigência de lei para tornar a constituição viva e eficaz torna o legislativo um poder superior aos demais, contrariando, expressamente, o princípio da separação e da independência dos três ramos governamentais, já que o parlamento passa a ficar acima dos outros dois e, mesmo, da própria carta política.

5. EM DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

5.1 Emendas à Constituição

Nos Estados Unidos, qualquer emenda à constituição, que é de 1787, só passa a valer após sua ratificação por três quartos das assembleias estaduais, às quais é submetida. Até hoje, das inúmeras emendas constitucionais aprovadas pelo congresso, somente 27 foram ratificadas.

Isso acontece em respeito ao princípio federalista, já que o pacto firmado entre a União e os Estados Membros não pode ser modificado unilateralmente pela União (Congresso Nacional). Não se argumente que os senadores representam os Estados, dando assim legitimidade à alteração unilateral, eis que recebem seus salários da União, elegem-se pelo voto popular da mesma forma que os deputados federais e são, como estes, cooptados pelo governo federal para os cargos nacionais de ministros e dirigentes de estatais, empresas públicas e de economia mista.

Como a constituição brasileira é, originária e estruturalmente, uma cópia fiel da americana, adotando o mesmo princípio federalista, como cláusula pétrea (CF-art. 60, § 4º, I), também, por isso mesmo, é imodificável por decisão unicamente do Congresso Nacional. Há de se obter para se validar qualquer alteração – sob pena de inconstitucionalidade (violação do princípio) – o assentimento da maioria das assembleias legislativas estaduais que, sim, são as únicas que representam legitimamente os Estados Membros. O povo, como um todo, por seus representantes estaduais, deve ser ouvido, não bastando o conluio interesseiro e ocasional dos políticos federais.

Até a independência do Supremo Tribunal corre risco, pois, como se sabe, ele detém, constitucionalmente, o poder de dizer a última palavra na interpretação da Carta Política. Assim, uma decisão sua só pode ser superada por uma emenda constitucional. Ocorre que, se essa decisão ferir interesses dos poderosos, principalmente o domínio político do país por meio de leis protecionistas desses privilegiados grupos (o que acontece

no Brasil há séculos, como já demonstrei em livro)¹⁴, os congressistas, influenciados pelo *lobby* deles, poderão fazer, imediatamente, uma emenda constitucional para suplantiar a orientação do Supremo Tribunal.

Ciente do perigo que constituiria para a jovem nação americana a existência de um judiciário fraco e dominado pelo Congresso, Alexander Hamilton explicitamente rejeitou o sistema britânico que permitia ao Parlamento, pela maioria de votos, tornar sem efeito qualquer decisão da Corte que o desagradasse. Preferivelmente, as cortes de justiça eram para ser consideradas o baluarte de uma constituição, que limita poderes, contra as usurpações do legislativo. Somente o esmerado e difícil processo de emenda à constituição, ou a gradual mudança, com o tempo, para outro ponto de vista por parte dos membros do Congresso, é que poderia reverter a interpretação dada àquele documento pela Suprema Corte.¹⁵

Ora, se a emenda constitucional depender – como é correto dizer, em face do pacto federativo firmado entre a União e os Estados-Membros – da ratificação da maioria das Assembléias Estaduais (tal como ocorre nos USA), haverá mais probabilidade de a decisão do Supremo permanecer intocada, já que os grupos de interesses dos parlamentares federais e estaduais nem sempre são os mesmos. Retira-se, também, o caráter oportunista e momentâneo da emenda constitucional, que passa a ocorrer somente em casos absolutamente necessários, a critério de toda a representação política de ambas as partes que firmaram o pacto federalista.

Tenho defendido essa posição, há tempo, em meus livros, a ver:

Finalmente, para ganhar sua maioridade, equiparando-se aos demais ramos do governo, o poder judiciário deve declarar inconstitucional, por quebra do princípio federativo, as emendas constitucionais que não forem previamente, antes de entrarem em vigor, submetidas e ratificadas por quorum qualificado das Assembléias Legislativas estaduais. O princípio federalista exige que assim aconteça. Uma só parte, no caso a União, não pode, unilateralmente, alterar o pacto original, firmado com os Estados Membros, ainda que, como no caso do Brasil, tenha ocorrido em forma de outorga, ao se estabelecer a federação brasileira pela Lei Fundamental de 1.891. Há de se envolver, para preservar a democracia e evitar a tirania centralizadora do governo federal, toda a sociedade, através de seus legítimos representantes, no estudo e debate da matéria objeto de emenda constitucional. Do contrário, acontecerão três coisas inevitavelmente: a) – os políticos aderirão à emenda, trocando o seu voto (e suas convicções) por interesses fisiológicos, como a concessão de uma rádio, ou a liberação de uma polpuda verba; b) – ocorre banalização da Carta Política pelas inúmeras e reiteradas alterações de seu texto, transformando-a mais numa lei comum, de conhecimento de uns poucos técnicos no assunto. A verdadeira Carta Política, de conteúdo democrático, tem vocação duradoura, só devendo sofrer alterações episódicas, depois que a matéria for debatida por toda a sociedade. Antevendo isso,

¹⁴ Silveira, Paulo Fernando. **500 Anos de Servidão**, p.419.

¹⁵ Glick, Nathan. **Explaining the Constitution: The Federalist Papers**. USA: United States Information Agency, 1990, p. 39: Hamilton explicitly rejected the British system of allowing the Parliament to override by majority vote any court decision it finds displeasing. Rather, “the courts of justice are to be considered the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments.” Only the painstaking and difficult process of amending the Constitution, or the gradual transformation of its members to another viewpoint, could reverse the Supreme Court’s interpretation of that document.

já dizia o *Chief Justice* John Marshall, em 1.819 (*McCulloch v. Maryland*): “Uma constituição é projetada para durar pelas eras vindouras e, conseqüentemente, para ser adaptada às várias crises das atividades humanas” (*A Constitution intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs*).¹⁶ As alterações devem ocorrer gradualmente, depois de amplo debate público sobre o assunto, de modo que, a um tempo, a constituição se flexione e reflita e atenda as necessidades da época, e, de outro, não perca sua estabilidade – tornando-se volátil e teórica – como documento político, que deve ser conhecido e preservado na memória da população. São mais danosas para a democracia as inúmeras, múltiplas e momentâneas alterações da Carta Maior, do que sua gradual modificação, debaixo do debate público e controle e envolvimento dos políticos de todo o país. c) – extingue-se o pacto federativo, concentrando demasiada e perigosamente o poder político no governo central, desrespeitando-se a outra parte do pacto fundamental, os Estados Membros. Dentro desse contexto, a tirania está sempre à mão de um presidente ambicioso que, para atingir seus fins, basta desestabilizar propositadamente a economia para justificar suas ações ditatoriais, como sempre aconteceu em nossa história política. Deve se ter em mente, sempre, que o indivíduo vive é no Município, no solo do Estado Membro e não na União, que é mera ficção jurídica, necessária para a união e fortalecimento de toda a Nação. Não se esqueça que foi, justamente para se conter o despotismo é que se recorreu ao princípio federalista, pelo qual o poder político é horizontalmente dividido entre a União Federal e os Estados-Membros e, no caso brasileiro, Municípios, cada um com sua área privativa de competência, não usurpável pelos outros entes políticos. Por esse princípio, a área de atuação da União é restrita (interesses nacionais, ou envolvendo mais de um Estado), sendo do Estado tudo que disser respeito a assunto regional e, ao Município, o interesse local. Relembre-se que os senadores, antes de representar os Estados, recebem sua remuneração da União, pouco distinguindo dos deputados, senão pelo enorme tempo de seu mandato de 8 anos, que deveria ser reduzido para 6, como é nos USA. Como o legislativo federal acha-se comprometido com o Executivo na dominação do país pelas Emendas constitucionais, ocorre que somente o judiciário está em condições de liberdade para dar concretude e efetividade ao princípio federalista. Nessa quadra de nossa caminhada histórica em rumo à democratização das instituições políticas, o Judiciário, paradoxalmente, apesar de, no momento, ainda ser o poder político mais fraco, é o único que tem autoridade e força para preservar e estimular a descentralização e desconcentração do poder, dando eficácia ao princípio federalista. A história revela – e a brasileira confirma – que o governo excessivamente centralizado é um convite indeclinável ao golpe de estado, principalmente pelos militares, onde não são, institucionalmente, contidos. A revolução francesa, que derrubou o reinado, absoluto e centralizado, de Luis XVI, mas que não teve o cuidado de criar instituições políticas em níveis intermediários, democratizando e dispersando o poder político, acabou colocando no governo do país numa situação pior do que a anterior, isto é, nas mãos de um ditador militar sanguinário: Napoleão Bonaparte.¹⁷

Ao perigo do excesso de legislação só se compara o número excessivo de emendas constitucionais. Em 1997, foi criada nos Estados Unidos uma organização não governamental (*Citizens for the Constitution*) com o objetivo de proteger a constituição contra a ameaça

¹⁶ Marshall, Jonh. **McCulloch v. Maryland**. 17 U.S. 316 (Wheat), 1819.

¹⁷ Silveira, Paulo Fernando. **500 Anos de Servidão**, p. 264/265.

colocada pela tese, tão freqüente advogada, de emendas formais à carta política. Na visão dos membros dessa organização, propostas de emendas constitucionais são rotineiramente introduzidas por seus defensores como um primeiro passo favorável à panacéia para todas as doenças sociais. Propondo específicas políticas públicas, tais emendas têm o potencial de solapar a cultura americana que adequadamente entesoura e reverencia a constituição. Caso fossem adotadas, elas tornariam a lei fundamental, que é uma carta de governo efetiva e executável, em um documento de aspirações insanas.¹⁸

5.2 Emendas constitucionais e o princípio republicano

Essas emendas sem a necessária legitimidade popular se tornam mais perigosas quando põem em risco, ainda, o princípio republicano. Isso ocorre toda vez que um presidente da república, não contendo suas ambições pessoais de permanecer no cargo dentro do prazo estrito previsto na Carta Política – e tendo cooptado uma ampla base parlamentar, às vezes até com o predomínio de um só partido –, inventa de aumentar, inconstitucionalmente, o seu mandato presidencial, de quatro para cinco anos, ou se arvora no direito de se candidatar a um terceiro mandato.

Thomas Jefferson, acompanhando o mesmo pensamento de Aristóteles¹⁹, já advertia quanto ao perigo que as instituições democráticas sofrem quando o presidente tem essas ilegítimas e inconstitucionais pretensões. Di-lo enfaticamente:

O segundo aspecto que me desagrada, e muito, é o abandono em todas as instâncias da necessidade de rotação nos cargos, e mais particularmente no caso de presidente. A experiência concorre com a razão em concluir que o primeiro magistrado sempre será reeleito se a constituição permitir. Então, será uma autoridade vitalícia.²⁰

Seus argumentos ainda são fortes na atualidade, ao acreditar que, uma vez no cargo, e possuindo a força militar da União, sem ajuda ou controle de um Conselho, ele não será facilmente destituído, mesmo se o povo for induzido a lhe retirar o suporte do voto.²¹

Num país que aspira a ser democrático e republicano como o Brasil – seguindo o seu paradigma constitucional americano –, o governo, necessariamente, é de leis e não de homens. Ou seja, mais valem as instituições públicas, que devem operar de forma natural e duradoura, do que os supostos defensores da pátria, que se dizem insubstituíveis no cargo, sob o falso argumento de que sem a sua liderança a desordem e a ingovernabilidade vão-se instaurar no país. A necessidade de ordem sempre foi o argumento utilizado pelos tiranos para se perpetuarem no poder. Portanto, além do aspecto constitucional, emerge, sobranceiro, um inafastável fator moral. Confronte-se o exemplo americano abaixo:

¹⁸Belz, Herman. **A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical perspective**. USA: Rowman&Littlefield, 1988, p. 267, n. 109.

¹⁹ **Aristotle. Politics and Poetics**. USA: The Easton Press, 1979, p.207.

²⁰ **Jefferson, Thomas. Writings**. USA: The Easton Press, 1993, vol. II, p. 913-914 e 916: *The second feature I dislike, and greatly dislike, is the abandonment in every instance of the necessity of rotation in office, and most particularly in the case of the President. Experience concurs with reason in concluding that the first magistrate will always be re-elected if the Constitution permits it. He is then an officer for life.*

²¹ *Idem: Once in office, and possessing the military force of the union, without either the aid or check of a council, he would not be easily dethroned, even if the people could be induced to withdraw their votes from him.*

Em 04.03.1797, George Washington encerrou sua brilhante carreira pública, após ter exercido o segundo mandato presidencial. O primeiro fora iniciado em 30.04.1789. Antes de passar para história como o maior líder político dos Estados Unidos de todos os tempos, Alexander Hamilton lhe perguntou: “Se uma tempestade se forma, como pode você se retirar?” (*If a storm gather, how can you retreat?*) Seu secretário do tesouro se referia à luta política que estava sendo travada entre o partido do presidente, o federalista, que queria a sua permanência no poder até a morte, ou a simples nomeação, como seu sucessor, do correligionário e vice-presidente John Adams, e o partido republicano, que pugnava por eleição popular, liderado por Thomas Jefferson, secretário de estado. A resposta de Washington foi peremptória. Escreveu que encerraria sua vida pública naquela data, após o que “nenhuma consideração sob o céu, que podia antever, o retiraria da caminhada para a vida privada”. (*close my public life on March 4 (1797), after which no consideration under heaven that I can foresee shall draw me from the walks of private life*).²²

Como a constituição americana não limitava o número de mandatos presidenciais, os federalistas, que estavam no poder, a interpretavam no sentido de que o presidente podia ser reeleito, até sua morte, quantas vezes agradasse ao povo. Na visão deles, o estabelecimento da vice-presidência pressupunha uma sucessão tipo monárquica. Na morte do presidente, o vice-presidente, como herdeiro, assumiria a presidência vitaliciamente, sujeito apenas à confirmação do povo, por seus representantes, a cada quadriênio.

Porém, Washington, dando um belo exemplo de caráter e despojando-se de ambições de mando, determinou que a sua sucessão ocorresse pelas urnas, em observância ao princípio republicano, pelo qual o povo tinha lutado contra a coroa inglesa. Essa decisão foi o ponto culminante de sua carreira e seu presente final (talvez o maior de todos) para o mundo. Foi ele quem, solitariamente, decidiu que os Estados Unidos seriam, efetivamente, uma república e não uma monarquia.

O precedente estabelecido por Washington, no sentido de que o presidente deve se retirar após dois termos, permaneceu intocável até 1940, quando foi quebrado por Franklin Delano Roosevelt, que – debaixo de circunstância excepcional (a segunda guerra mundial, de 1939 a 1945) – obteve seus terceiro e quarto mandatos consecutivos, ou seja, governou ininterruptamente de 1933 a 1945, morrendo nesse ano no exercício do cargo.

Para que o desrespeito às tradições jamais ocorresse novamente, o povo americano fez inserir na constituição a proibição do exercício de mais de dois mandatos presidenciais consecutivos através da emenda constitucional nº XXII, que foi aprovada no congresso em 21.03.1947 e ratificada pela maioria dos estados-membros em 27.02.1951.

Tendo em vista que o experimento democrático, republicano e federalista americano deu certo, já que a constituição prevalece há mais de 200 anos, sem nenhuma tentativa de qualquer governante se perpetuar no poder, indaga-se: até quando o Supremo Tribunal vai permitir tal inconstitucionalidade, que também afeta sua independência? Que exemplo de Corte, que tem o dever de zelar e proteger a carta magna, vai ofertar para as futuras gerações brasileiras?

²² Flexer, James Thomas. **Washington -The Indispensable Man**. USA: Back Bay Books: Little, Brown and Co., 1974, p. 347.

6. EM DEFESA DO PODER LEGISLATIVO

6.1 Medidas provisórias

Nosso país carrega a tradição de um executivo forte, sem limites e sem respeito aos poderes legislativo e judiciário. Isso vem desde a independência, quando, em 1823, D. Pedro I mandou fechar a assembléia nacional, que estava redigindo uma Constituição, que não lhe agradava. Ao sair do prédio sitiado, Antônio Carlos tirou o chapéu à majestade dos canhões do imperador. Logo a seguir, o déspota outorgou a constituição de 1824, concentrando em si o exercício pleno e ilimitado dos poderes executivo e moderador. Por meio desses poderes ditatoriais, ele podia, entre outras coisas, nomear senadores, nomear e suspender juizes, convocar e dissolver a assembléia geral e fixar os salários dos deputados (CF-1824, arts. 98 e 101).

Pela constituição brasileira de 1891, que sofreu a revisão de Rui Barbosa, foram implantados a república e o federalismo. Estabelecia três poderes independentes, seguindo o sistema americano de divisão do poder político, ficando o judiciário encarregado de verificar a constitucionalidade das leis, podendo anulá-las, caso em confronto com a carta política. Pela primeira vez, a lei tinha de ficar subordinada à magna carta e fora instituído um poder independente (o judiciário) para aferir essa harmonia. A intenção de Rui era clara. Pretendeu valorizar o anêmico judiciário que vinha fragilizado, como instituição, desde o tempo da monarquia, a fim de que ele participasse, na esteira do judiciário americano, do exercício do poder político, a fim de proteger o povo, democratizar as instituições e descentralizar, efetivamente, o governo, fazendo prevalecer a separação dos poderes e a forma de Estado federalista.

Ou seja, Rui Barbosa – conhecedor do direito inglês, pelo qual o judiciário não é poder, já que vinculado ao legislativo (a câmara dos Lords é sua última instância), e do direito francês, em que o judiciário não tem poder de anular leis, sendo escravo de sua literalidade e, portanto, destituído de poder político, mas caracterizando-se como mero aplicador da lei – optou e inseriu na carta política brasileira as doutrinas americanas governamentais do *judicial review* e dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Pela doutrina da separação dos poderes, adotada também em nossa Constituição, o poder político governamental é dividido em três departamentos, sendo que aos popularmente majoritários incumbiu-se o poder de legislar. Entretanto, há uma interação – somente nos casos permitidos pela própria constituição – entre eles. Assim, o executivo interfere no judiciário quando concede indultos ou comuta as penas, bem como quando nomeia, após aprovação do Senado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, ou nomeia juizes de tribunais, dentro da lista tríplice. Em relação ao legislativo, ele controla sua atuação através do veto às leis, por inconstitucionalidade ou por interesse público. O legislativo compartilha com o executivo a nomeação de ministros dos tribunais superiores e outras autoridades, como o procurador-geral da república, diretores do Banco Central, os governadores de territórios etc. O balance, pois, envolve a partilha do poder entre os ramos do governo e um ativo controle de um pelo outro.

Já o “*check*” advém da doutrina do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade das leis), a qual permite ao Judiciário partilhar e controlar (*check*) o poder de ambos os ramos governamentais: legislativo e executivo.²³

²³ Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. Op.cit., p. 238: *And the doctrine of judicial review permits courts to share (and check) the power of both the legislative and executive branches.*



Debaixo do princípio da separação, esclarece *Jonathan Rose*, cada ramo do poder foi provido de independentes meios de exercer *checks on and to balance* as atividades dos outros dois, assim garantindo que nenhum ramo pudesse alguma vez exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Desse modo, os três ramos do governo são separados e distintos um do outro. Os poderes dados a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois. Cada ramo serve de controle sobre potenciais excessos dos outros dois.²⁴

Através do *checks and balances*, enfatiza *Peter L. Strauss*, como na separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha; a intenção da luta é negar a uma (ou duas) delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite efetivamente ao todo desenvolver o trabalho de governo.²⁵

Esclareceu melhor o entendimento, ao agregar, a seguir:

Em teoria, a junção de todas as funções governamentais em uma só autoridade, não controlada pelas outras, é um convite à tirania. A interpenetração das funções e a competição entre os ramos protegerão a liberdade ao prevenir à adição irreversível do poder final em um só deles. Como escreveu *Madison* nos *Papéis Federalistas*, a essência reside em ‘dar àquele que administra cada departamento os meios constitucionais necessários e motivos pessoais para resistir ao predomínio dos outros’.²⁶

Nathan Glick explica que os “Artigos Federalistas” fizeram a primeira menção específica que temos na literatura sobre a idéia de *checks and balances*, como meio de restringir o poder governamental e prevenir abusos.²⁷

A separação dos poderes, instituída constitucionalmente, funciona como ponto nuclear do sistema de freios e contrapesos, equilibrando o exercício do Governo, através do controle de um poder pelos outros. Adverte-nos *Charles L. Black Jr.*:

O quê um governo de poderes limitados precisa no começo e para sempre, ao utilizar os meios de satisfazer o povo, é tomar todos os passos humanamente

²⁴ Rose, Jonathan. **About the United States History –Leif Ericson to 1865**. USIA, 1986, p. 3: *Most importantly, it established the principle of a ‘balance of power’ to be maintained among the three branches of government – the executive, the legislative and the judicial. Under this principle, each branch was provided the independent means to exercise checks on and to balance the activities of the others, thus guaranteeing that no branch could exert dictatorial authority over the working of the government.*

²⁵ Garvey and Aleinikoff. Op.cit.p.187: *Checks and balances [...] Like separation of powers, it seeks to protect the citizens from the emergence of tyrannical government by establishing multiple heads of authority in government, which are then pitted one against another in a continuous struggle; the intent of that struggle is to deny to any one (or two) of them the capacity ever to consolidate all governmental authority in itself, while permitting the whole effectively to carry forward the work of government.*

²⁶ Garvey and Aleinikoff. Op.cit.p.191: *In theory, the joining of all government functions in one authority, unchecked by others, was an invitation to tyranny. Interpretation of function and competition among the branches would protect liberty by preventing the irreversible accretion of ultimate power in any one. As Madison wrote in the Federalist Papers, the essence ‘lay in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others’.*

²⁷ Glick, Nathan. **Explaining the Constitution: The Federalists Papers. In An Outline of the American Government**. USIA, 1989, p. 39.

possíveis para permanecer dentro do seu poder. Isso é condição de sua legitimidade, e sua legitimidade, ao longo do tempo, é condição de sua própria vida.²⁸

Precisamente, o quê acontece quando um dos poderes não dá conta de proteger sua independência, como é o caso do legislativo brasileiro, e o outro (o judiciário brasileiro) não exerce sua missão constitucional de frear o poder despótico do executivo, que usurpa as funções do primeiro? Naturalmente, implantam-se, ainda que de forma velada, ou truculentamente ostensiva, a ditadura e a tirania!

No Brasil, o executivo edita, diariamente, medidas provisórias inconstitucionais e o Supremo não atua em defesa do legislativo. Logo, o executivo sobrepõe-se sobre esses dois poderes, violando a constituição, que lhes assegura igual relevância política, cada um dentro de sua função específica, traçada na lei fundamental.

Nos Estados Unidos, o presidente da república não tem poder algum de legislar. Suas *executive orders* só valem no âmbito da administração pública. O indivíduo não está sujeito ao seu teor. E nenhum presidente alega a ingovernabilidade do país.²⁹

Lá, o congresso, por sua vez, exerce sua função primária, que não é a de legislar, mas a de fiscalizar a atuação do executivo, principalmente na alocação dos recursos públicos oriundos dos impostos. O grosso da legislação advém das agências regulatórias, criadas pelo legislativo para atuar em determinadas áreas, tais como a *EPA-Environmental Protection Agency*, na esfera do meio ambiente. Sua diretoria, nomeada pelo executivo, em regra com aprovação do senado, goza de independência, não podendo ser demitida a bel prazer do presidente da república, que necessita, para isso, de justa causa, não a política (estar agindo em desacordo com os interesses presidenciais), mas a de comprovada improbidade administrativa. Aqui, já tivemos a CACEX, vinculada ao executivo, que tinha poderes para legislar sobre exportação e importação. Sua diretoria, contudo, não gozava de autonomia.

A constituição brasileira em vigor, em seu art. 62, impõe, além de algumas vedações em razão da matéria, que enumera, duas condições básicas, inafastáveis, para que o presidente da república possa editar, legitimamente, uma medida provisória: a relevância e a urgência.

Quanto à relevância, de um modo geral toda matéria regradada por medida provisória ou por lei, se ela assim se converter, atende a esse pressuposto. Porém, é no requisito da urgência que ocorre a inconstitucionalidade.

Na realidade, o presidente da república edita, a todo tempo, medida provisória sem observar a comprovada urgência da matéria. Ou seja, está invadindo a esfera específica do legislativo e usurpando sua competência. Com isso, esse poder político fica deveras enfraquecido.

Não se alegue, bisonhamente, que isso não sucede, tendo em vista que a medida provisória perde sua eficácia se não convertida em lei, pelo congresso, em 60 dias. Aí acontecem duas coisas: a primeira é que a medida provisória entra em vigor na data

²⁸ Garvey and Aleinikoff. Op.cit.p.11: *What a government of limited powers needs, at the beginning and forever, is some means of satisfying the people that it has taken all steps humanly possible to stay within its powers. That is the condition of its legitimacy, and its legitimacy, in the long run, is the condition of its life.*

²⁹ Schroeder, Richard and Click, Nathan. Op.cit, p. 57: *The president can issue rules, regulation and instructions called executive orders, which have the binding force of law upon federal agencies.*

de sua edição, com a mesma força de lei; a segunda é que o parlamento, invadido por inúmeras medidas provisórias, que trancam a sua pauta, acaba por convertê-las sem maiores entraves.

Difícilmente, aquele que é prisioneiro dá conta de se libertar sozinho. No caso, o legislativo, para recuperar sua independência, precisa do auxílio do judiciário, que, no exercício de sua função de “*checks and balances*”, deve frear a ação inconstitucional do executivo, sob pena de o enfraquecimento do legislativo o atingir também, já que este, debilitado, não o poderá socorrer caso sua competência seja restringida por lei, como acontece na proibição de conceder liminares sobre determinados assuntos, ou a sua jurisdição seja reduzida por emenda constitucional, que tire da jurisdição dos tribunais algumas matérias, como já aconteceu no passado, nos governos ditatoriais de Artur Bernardes em 1926, de Getúlio Vargas em 1937, e dos militares em 1968 (AI nº 5).

Os dois poderes mais fracos devem unir forças e se proteger contra a incursão inconstitucional do executivo que, em nosso país, tem tradição de tirania. Demanda-se uma ação enérgica do judiciário nesse sentido.

6.2. Controle da elegibilidade de candidato, levando em consideração sua vida progressa

No dia 10.06.2008, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu, por sua maioria, que os políticos que são réus em processos criminais, em ação de improbidade administrativa ou em ação civil pública, sem condenação definitiva, isto é, sem sentença transitada em julgado, podem se candidatar nas eleições de 2008.

Os argumentos sustentados pelo relator do processo da consulta, ministro Ari Pargendler, e demais ministros, que o acompanharam, foram no sentido de que a lei de inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990) já limita os critérios para a concessão de registro de candidaturas e que “o poder judiciário não pode, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida progressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade”.

Contrariamente, os três ministros vencidos, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Felix Fischer, defenderam, entre outros aspectos, a competência da justiça eleitoral para apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo político na perspectiva da vida moral progressa do político, enfatizando que a Constituição não exigiria do exercente do cargo um padrão de moralidade que já não fosse a natural continuação de uma vida progressa também pautada por valores éticos.

Sem dúvida alguma, a decisão do TSE veio de encontro, como uma onda avassaladora, aos justos anseios de moralidade pública manifestados pela população, causando, a um só tempo, estupor, descrédito no poder judiciário e, acima de tudo, uma generalizada impotência no povo no sentido de não haver jeito de melhorar as instituições públicas. De outra sorte, a infeliz decisão alimenta a participação de pessoas inescrupulosas seja na administração de recursos públicos (prefeitos e governadores), seja na elaboração de leis (vereadores, deputados estaduais e federais e senadores).

O raciocínio esposado pela maioria dessa digna Corte de Justiça Eleitoral não

convence, *data venia*, já que a Constituição (art.14, §9º) determina que “*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, além dos especificados na própria Constituição, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*” (evidencie)

A determinação constitucional constitui um comando e não é, apenas, uma opção legislativa infraconstitucional. A Constituição exige o exame da vida pregressa do candidato. Ora, se os congressistas, legislando em causa própria, ignoraram o preceito constitucional e fizeram constar da lei complementar um óbice intransponível quanto à necessária averiguação prévia da vida pregressa do candidato, ou seja, a exigência de condenação transitada em julgado, a qual, como se sabe, é demorada de se obter, pois no Brasil os processos criminais perduram por anos e anos, em razão dos inumeráveis recursos interpostos e diligências requeridas pelo réu, eles, protegendo-se, agiram com espírito corporativo e contrariaram a intenção clara, precisa e manifesta da Carta Política. Assim, a Lei Complementar nº 64/90 (art.1º, alínea “e”), salvo melhor juízo, é, nessa parte, inconstitucional.

Atente-se, ainda, que a própria carta política, em seu art.37, também erige o princípio da moralidade como uma das condições para a validade dos atos da administração pública. Logo, esse princípio, que prevalece sobre as próprias normas constitucionais e muito mais sobre a lei complementar ou ordinária, não pode ser olvidado. Como pressupor que um candidato eleito, que responda criminalmente perante a justiça por corrupção ou improbidade administrativa, vá exercer o seu cargo e praticar atos administrativos com dignidade, decência e lisura? Pode até acontecer, mas será em virtude de uma milagrosa exceção.

A meu ver, a decisão do TSE afronta o princípio constitucional da moralidade. Este permeia não só os atos dos agentes políticos e servidores públicos, mas se entranha também na sua própria conduta, atual e pregressa. O julgado deprecia, ainda, a própria justiça, eis que a denúncia já foi recebida e/ou o candidato já foi condenado por sentença, ainda que em primeiro grau. Ou seja, para o TSE – numa visão simplista, puramente legalista, positivista e técnica, de extremado amor à literalidade da lei e desconsiderando a vontade do povo, expressa na Constituição, que exige uma vida pregressa ética do candidato –, nada vale a condenação judicial deste nas instâncias inferiores, já que está sujeita a recurso. Também, inacreditavelmente, para o TSE não tem significação alguma o fato de a denúncia ter sido recebida diretamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte de justiça do país.

Não há que se invocar o princípio da inocência, restrito à dimensão penal, já que o princípio da moralidade é mais amplo, como o são, regidos por ele, o direito civil, o administrativo e o eleitoral. Mesmo sob o princípio da inocência, o réu da ação penal pode ter alguns direitos restringidos, como no caso de prisão cautelar, provisória ou preventiva. Ele continua sendo considerado inocente, pois ainda não há sentença transitada em julgado, mas pode, eventualmente, responder ao processo na condição de preso. O mesmo acontece no campo político, onde se maximiza o exame da moralidade. A elegibilidade pode sofrer restrições ante a comprovação, no exame da vida pregressa do candidato, da prática de atos

tidos como imorais, principalmente quando denotados por ações penais e civis públicas relativas a atos ilícitos contra o patrimônio público, ou de improbidade administrativa, em que seja réu, em processos em curso perante a justiça. A carta política, no que tange ao exercício do cargo e função públicos, por agente político ou servidor concursado, não abre mão do exame da vida pregressa do pretendente, ou seja, da exigência de uma conduta moral ilibada no passado. Se essa condição é exigida para os juízes e para os servidores públicos em geral, também o deve ser em relação aos políticos. Para todos eles, sem distinção – a constituição é cega nesse aspecto, não distinguindo ninguém, em face do princípio da igualdade de todos perante a lei –, o signo da moralidade se revela por atos diuturnos que não infrinjam os preceitos éticos de honestidade, idoneidade, lisura e decência. A pena, para os que não o detêm, no caso dos cargos eletivos, é a inelegibilidade. Se já eleito, é a perda do mandato, sem prejuízo das ações penal e cível.

A prevalecer o equivocado entendimento de que o restrito princípio penal da inocência se projeta para todas as áreas do direito, inclusive o administrativo, ocorrerá o absurdo de ter-se de dar posse a um juiz de direito ou a um delegado de polícia que tenha sido condenado por crime de corrupção ou fraude, com sentença ainda não transitada em julgado, em face da situação isonômica deles com a dos políticos, a qual, constitucionalmente, não se pode ignorar. É inegável o constrangimento social que será causado pelo fato de o inquérito policial ser presidido por esse tipo de delegado ou a licitude da conduta do réu ser julgada por um magistrado já condenado judicialmente por improbidade ou corrupção. Na área cível, por exemplo, haverá um retrocesso, caindo por terra conquistas recentes. Doravante, ficarão sem efeito os dispositivos que cuidam da responsabilidade objetiva por danos, independentemente da apuração de culpa (CC, arts. 927, parágrafo único, e 931; Código do Consumidor: Lei 8.078/90, arts. 12 e 14). Também fica derogada a inversão do ônus da prova de que trata o Código do Consumidor (art.6º, VIII, e art. 38), já que o fabricante, o produtor e o prestador de serviços passam a ficar protegidos pelo princípio da inocência, ou seja, só serão considerados culpados se forem condenados definitivamente, incumbindo a prova a quem alegar o prejuízo.

O virtual acesso do eleitor – aquele que tiver fervor excepcional e inusitado interesse e se dispuser a enfrentar com paciência a burocracia forense – à ficha criminal do candidato, se for permitido pelo TSE, conforme divulgado na imprensa, não satisfaz, de maneira alguma, a exigência constitucional de o político comprovar sua vida pregressa pautada pela moralidade.

Não se argumente que o dispositivo infraconstitucional, ao exigir a condenação definitiva, protege o cidadão contra falsos processos crimes engendrado pelo Estado, a fim de evitar a sua legítima candidatura. É de se ver que, quando o judiciário recebe a denúncia penal – o ato fica sujeito ao pronto reexame, por meio do remédio do *habeas corpus*, pelo tribunal, que o cassará se for ilegal ou abusivo, trancando-se a ação penal –, já há nos autos a comprovação da materialidade do delito e indícios de autoria, sendo que o fato tido como criminoso já passou pelo crivo da polícia (indiciamento no inquérito policial) e do ministério público (autor da denúncia), que são órgãos distintos, ambos vinculados ao executivo, sendo que este último tem caráter permanente e goza de independência e isenção. Sua missão primordial é a de, justamente, defender a sociedade civil e o patrimônio público, como titular da ação penal incondicionada e da ação civil pública (CF-arts. 127 e 129).

Por outro lado, a Constituição nunca pode ser interpretada como se fosse uma lei ordinária ou complementar. É de superior hierarquia. Há de se considerar os fins nela objetiva-

dos para cujo alcance todo esforço interpretativo deve ser empregado. Quando a constituição emite um comando, tal como o de se apurar a vida progressa do candidato – que não pode ser ignorado por ninguém –, ela autoriza, simultânea e implicitamente, o emprego de todos os meios necessários para sua realização, notadamente o da interpretação teleológica.

Submetida a matéria ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal, este, em 06.08.2008, ignorando as sentidas necessidades da Nação e permanecendo inflexível ante as mudanças dos tempos, a exigir incondicionalmente a moralidade na administração pública, proferiu decisão que decepcionou grande parcela de homens sensatos e de boa fé deste país.

No confronto entre duas regras constitucionais conflitantes, a primeira referente à exigência de condenação criminal transitada em julgado para a cassação dos direitos políticos (CF-art.15, II), suportada pelo restrito princípio criminal da inocência, e a segunda que determina o exame da vida progressa do candidato (CF-art. 14, §9º), amparada no princípio da moralidade, o Supremo optou pela de inferior hierarquia, esquecendo-se de que a segunda é de maior amplitude. Ou seja, prestigiou-se a validade da regra menor, que se esteia num princípio constitucional especial, em detrimento da regra maior, baseada num princípio superior, primordial e estruturante da Nação. Não se olvide que, também, há gradação entre os princípios constitucionais, sobrepondo-se os estruturantes aos princípios gerais e especiais.

Não se cria, se estrutura e se mantém um Estado sem a observância do princípio da moralidade. Ele constitui o fundamento da justiça e predomina sobre todos os demais, sejam os princípios gerais e/ou os especiais. Da mesma forma, se não forem regidos pelo princípio da moralidade, os ramos eleitos (legislativo e executivo), que cuidam, respectivamente, da edição das leis e da administração dos recursos financeiros arrecadados com os impostos, não podem exercer, com legitimidade, sua ação governamental.

Com o devido respeito, nessa equivocada interpretação constitucional, o Supremo seguiu a mesma trilha dos congressistas que elaboraram a lei complementar, que os beneficia. Prejudicados ficaram os valores fundamentais que informam e dão vida e substância à constituição. Note-se que a vontade dos congressistas, externada na lei, é inferior à vontade do povo, manifestada na Constituição pelos princípios básicos por ela adotados. A vontade popular é fonte primordial do poder político. Por conseqüência, a vontade do representante não pode ser, jamais, superior à vontade do representado, seu patrono. Desse modo, como a lei busca sua legitimidade na carta política, há de se conformar, primeiramente, com os seus princípios e, somente depois, com suas normas e regras. O pior de tudo agora, depois da decisão definitiva do Supremo, é que nem o congresso pode modificar a lei eleitoral. Para superar a decisão do Supremo, há de se fazer uma emenda constitucional.

Considerando que em nosso país o executivo sempre foi muito poderoso, necessitando de limitação, e o legislativo apresenta-se com feição frágil e fisiológica, o judiciário, que também não escapa de sua tibieza histórica, esquece-se de sua função de freios e contrapesos (*checks and balances*) – o dever de controlar o exercício constitucional dos dois outros ramos governamentais de modo que nenhum deles se sobreponha aos demais - ao deixar de fortalecer o poder legislativo. Para isso, bastava ao judiciário considerar inelegíveis os candidatos que sejam réus em processos em curso, sejam criminais, que envolvam danos ao patrimônio público (peculato, por exemplo), ou de improbidade administrativa, já que a reputação desses postulantes aos cargos públicos, agora maculada, deixou de ser ilibada. Não o fazendo, o judiciário contribui

para ampliar, ainda, a imoralidade no poder executivo, ao permitir a posse nos cargos públicos de pessoas inidôneas. Também, enfraquece a si próprio, pois os poderes eleitos (legislativo e executivo), de que tais elementos venham a participar, estarão sempre conluídos para anular o poder político do judiciário, restringindo sua competência ou esvaziando sua jurisdição, seja por meio de leis, ou de emendas constitucionais, como se viu em 1926, no governo de Artur Bernardes, em 1937, com Getúlio Vargas e, recentemente, em 1968, durante a ditadura militar, no AI/5.

Infeliz é o país em que o povo não pode contar com o seu judiciário para se defender contra alguns poderosos malféitores que, eventualmente, queiram ocupar os elevados cargos públicos. Esperar que o povo – em sua maioria pobre, analfabeta e, tradicionalmente, destituída do senso de cidadania – vá, pelo voto, excluir do processo eleitoral esses candidatos de ficha suja, ou que os próprios partidos políticos o façam, é esperar demais, ou patentear que se está vivendo fora da realidade, principalmente se for considerado o incontrolável poder político, decorrente das fortes conexões mantidas nas elevadas esferas governamentais, e da impositiva persuasão financeira e econômica de que normalmente dispõem esses elementos. Ao judiciário, como poder não eleito, cabe ajudar a delinear os contornos de um processo eletivo balizado pela moralidade, a fim de que o povo faça livremente a escolha de seus dirigentes entre homens de bem.

Acreditamos, respeitosamente, que o TSE e o STF perderam, nos aludidos julgamentos, excelentes oportunidades de ajudar o povo – que anseia pela moralidade pública – a construir um país com instituições fortes e sadias.

7. VALORIZAÇÃO POLÍTICA DAS DECISÕES DO STF

7.1 Peculiar natureza antimajoritária

O judiciário constitui um poder político e o Supremo Tribunal Federal é a sua expressão máxima. Contudo, como poder não eleito, carece de representatividade popular. Mas essa é, justamente, sua característica constitucional. Os constituintes originários quiseram-no assim.

Do mesmo modo que os direitos individuais, naturalmente de ordem minoritária em relação às leis, elaboradas pelos poderes majoritários (legislativo e executivo), são consagrados na constituição como direitos fundamentais, livremente exercitáveis (salvo a vinda de lei regulando o seu exercício em vista do bem comum, amparada em evidente e concreto interesse público, a ser comprovado em juízo pelo Estado, como ônus seu) e que não podem ser suprimidos, ou diminuídos, nem mesmo por emenda constitucional, pois estão protegidos por cláusula constitucional pétrea, o poder judiciário encarna, como poder político antimajoritário, a missão constitucional de se salvaguardar contra as intrusões dos outros ramos governamentais, quando limitam por lei sua função primordial, restringindo a sua natural jurisdição, e de proteger o indivíduo, no exercício de seus direitos fundamentais, contra a opressão do Estado, veiculada, normalmente, por meios de leis (oriundas do legislativo) ou de atos administrativos e medidas provisórias, vindas do executivo.

Essa peculiar natureza constitucional antimajoritária do poder judiciário foi bem ressaltada pelo *Chief Justice Rehnquist*, referindo-se à divisão do poder adotado na América, que, ao contrário da tradição inglesa, em que o juiz não pode anular ato do Parlamento, essa foi a

intenção clara dos elaboradores da Constituição de 1787:

Eles queriam que os juízes fossem independentes do presidente e do congresso, mas também, com toda probabilidade, que as cortes federais fossem capazes de dizer se a legislação editada pelo congresso era consistente com as limitações da Constituição dos Estados Unidos. Os elaboradores reconciliaram, de um modo mais ou menos grosseiro, a necessidade de uma instituição antimajoritária como a Suprema Corte para interpretar a constituição dentro de um amplo sistema de governo basicamente comprometido com a regra majoritária.³⁰

Por sua vez, *Garvey e Aleinikoff* vêem no judiciário, como poder antimajoritário, uma missão nobre que deve exercer pelo balanceamento, que, como uma das teorias de interpretação constitucional, possibilita-lhe rever os valores contidos na norma legal – expandindo ou atenuando-os – com base na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as cortes judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a corte desempenha dois importantes papéis: **1.** reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam contados e considerados com justiça; **2.** protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no alvoroço da política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela corte não repete a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado”.³¹

Vale repetir que a função primordial do judiciário, como poder não eleito, isto é, de natureza antimajoritária, é defender os direitos individuais que, também, são, essencial e ontologicamente, antimajoritários, portanto não podendo ser suprimidos pela lei (vontade dos poderes eleitos, majoritários: legislativo e executivo), ou deixados de serem exercidos por falta de lei.

Contudo, a missão constitucional atribuída ao judiciário de enfrentamento com os demais ramos governamentais, ao anular, restringir ou ampliar o conteúdo da norma legal, para adequá-las aos fins e propósitos constitucionais, levando-se em conta as sentidas necessidades do povo, não é nada fácil, principalmente se enfocarmos a história de nosso país, onde o juiz, até bem pouco tempo, era considerado – em face de doutrinas administrativas espúrias e equivocadas, baseadas no direito francês, em que o magistrado não detém o poder político, já que não pode anular a lei – um mero servidor público, sujeito às regras administrativas, e não um agente político de grande expressão, como consagrado pela nossa carta política.

No decorrer da história americana, sempre houve conflitos entre os Poderes da república. *Robert H. Jackson*, citado por *Rehnquist*, em sua outra obra *The Supreme Court*, sumariza os eventos da seguinte forma:

³⁰ Rehnquist, William H. *The Supreme Court*. William Morrow, N.York, USA, 1987, p. 306: *They wanted the judges to be independent of the president and of Congress, but in all probability they also wanted the federal courts to be able to pass on whether or not legislation enacted by Congress was consistent with the limitations of the United States Constitution. The framers reconciled in a somewhat roughhewn way the need for an anti-majoritarian institution such as the Supreme Court to interpret a written constitution within a broader system of government basically committed to majority rule.*

³¹ Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. Op.cit., p. 107-108.

Como criada, a Suprema Corte parecia muito anêmica para enfrentar o longo conflito pelo poder [...] A despeito de sua aparente posição vulnerável, a Corte tem repetidamente cassado as decisões em oposição ao Congresso e ao Executivo. Tem sido uma colisão nervosa com os mais dinâmicos e populares presidentes da história. Jefferson retaliou com impeachment; Jackson negou sua autoridade; Lincoln desobedeceu a um mandado do *Chief Justice*; Theodore Roosevelt após seu mandado propôs a anulação das decisões judiciais; Wilson tentou liberalizar seus membros; e Franklin D. Roosevelt propôs reorganizá-la.³²

7.2 Pronunciamento único da Corte em vez de voz individual discordante de cada ministro

Note-se que o corpo político judicial é representado, em sua instância máxima, por apenas onze ministros, contrastando com os 513 deputados e 81 senadores, que representam milhões de eleitores, e com o presidente da república, normalmente detentor de enorme popularidade.

Daí por que, para maior valorização social e acatamento de suas decisões, inclusive pelos demais ramos governamentais, o Supremo Tribunal Federal deve agir preferencialmente, ao proferir-las, como corpo político homogêneo, evitando, ao máximo, que venham a público suas divergências internas.

É deprimente ver pela televisão um ministro do Supremo digladiando, publicamente, com o seu colega, às vezes altercando acaloradamente com o outro membro da irmandade, unicamente porque, ao proferir os seus votos, eles dissentem, juridicamente, sobre determinada matéria. Para se evitar esse enfraquecimento do corpo político encarnado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se a supressão do voto *seriatim* (lido em público um por um).

O fortalecimento da *Supreme Court* nos Estados Unidos também aconteceu por aí. Até o início da gestão do *Chief Justice* John Marshall, que presidiu aquela Corte de 1801 a 1835, os *Justices*, seguindo a tradição inglesa, proferiam seus votos em público de forma individual e seriada. Logo que Marshall passou a desempenhar os seus deveres como cabeça da mais alta corte de justiça do país, ele começou a fortalecer a Suprema Corte. Pela primeira vez, o *Chief-Justice* desconsiderou o costume de liberar os votos pelos juízes em forma seriada e, em vez disso, ele calmamente assumiu a função de anunciar, ele próprio, a visão daquele tribunal. Fê-lo no primeiro caso decidido sob sua liderança. “Acórdãos da Corte” se tornaram o veículo principal do anúncio das decisões, sendo o aresto, virtualmente em quase todos os casos importantes, atribuído ao próprio *Chief Justice*. A mudança de um número de votos individuais para uma decisão única do tribunal adequou-se admiravelmente para fortalecer o prestígio da jovem corte. Marshall viu que as necessárias autoridade e dignidade da corte só poderiam ser obtidas se os princípios constitucionais por ela proclamados fossem pronunciados por um

³² William H. Rehnquist. Op.cit.p.306: *As created, the Supreme Court seemed too anemic to endure a long contest for power [...] Yet in spite of its apparently vulnerable position, this Court has repeatedly overruled and thwarted both the Congress and the Executive. It has been in angry collision with the most dynamic and popular Presidents in our history. Jefferson retaliated with impeachment; Jackson denied its authority, Lincoln disobeyed a writ of the Chief Justice; Theodore Roosevelt, after his Presidency, proposed recall of judicial decisions; Wilson tried to liberalize its membership; and Franklin D. Roosevelt proposed to reorganize it.*

tribunal unido. Para obter resultado firme e permanente para suas decisões, ele pugnou por um tribunal com uma única voz.³³

A voz única não significa, lá, que os membros do tribunal não possam ofertar, em separado, os seus votos concorrentes (*concurring opinion*) – estão de acordo com o aresto, mas não quanto a determinado ponto, ou a sua extensão e alcance – ou vencidos (*dissenting opinions*). O que se procura é o consenso prévio, antes da divulgação do acórdão, entre os *Justices* que, à vista do esboço do voto do relator, que lhes é encaminhado internamente, por cópia, podem aderir ou não a ele, ou condicionar a adesão à inclusão ou exclusão de determinado ponto, ampliando ou restringindo o alcance do aresto. A convergência é a regra. O voto individual, em separado, a exceção. Só ocorre quando a divergência abala as profundas convicções do *Justice* sobre a matéria posta em julgamento. As divergências jurídicas se resolvem epistolarmente, sem ataques ou mágoas pessoais, no âmbito interno da corte, sem conhecimento do público. O acórdão do tribunal, quando é *per curiam*, não tem relator determinado e sequer é assinado pelos membros do tribunal. Do indivíduo se espera que se dispa de suas vaidades culturais, marcando posição pela divergência (no caso brasileiro geralmente por argumentos técnicos, dogmáticos, positivistas-legalistas, com acentuado amor à letra da lei, e, portanto, estéreis), e prestigie a valorização da instituição, eis que o colegiado dará possivelmente a decisão mais sábia, justa e conveniente aos interesses da nação. O homem, que é mortal, passa, mas a humanidade fica. Assim, o ministro passa, porém a instituição judiciária deve permanecer cada vez mais forte, a fim de poder cumprir sua missão constitucional.

Exemplo de voz única, absolutamente necessária na ocasião, com expressiva valorização da instituição, aconteceu no caso Nixon. Em 1973, ocorreu novo confronto de poder entre o executivo e o judiciário quando o presidente Nixon alegou o privilégio executivo, com base na separação dos poderes, a fim de não entregar as fitas requisitadas pelo juiz federal *John Sirica* no caso Watergate. Ele desafiou a Suprema Corte exigindo um pronunciamento definitivo e conclusivo, dando a entender que não aceitaria decisões majoritariamente apertadas. Tinha confiança nos votos dos quatro juízes que indicara e que faziam parte, atualmente, dela. A Suprema Corte, que é composta por um *Chief Justice* e oito *Associate Justices*, por voto unânime, isto é, por 8 a 0, já que Rehnquist se deu por impedido, rejeitou o seu pedido. Nesse caso (*United States v. Nixon – 1973*), o *Chief Justice Burger*, falando por uma corte unida (lendo a posição do tribunal e não seu voto condutor), asseverou: “No desempenho das obrigações constitucionais previstas, cada poder do governo tem de interpretar inicialmente a constituição, e a interpretação dos respectivos poderes por qualquer dos três ramos merece grande respeito dos outros dois. O advogado do presidente, como observamos, entende a constituição como fornecendo privilégio absoluto de confidencialidade em todas as comunicações presidenciais. Muitas decisões desta Corte, todavia, têm inequivocamente reafirmado o precedente de *Marbury v. Madison*, no sentido de que ‘é enfaticamente a área de atuação e dever do departamento judiciário dizer o que a lei é’”.³⁴

Acrescentou, ainda, que nem a doutrina da separação dos poderes, nem a necessidade da confidencialidade de comunicação de alto nível, sem mais, pode sustentar um absoluto e desqualificado privilégio de imunidade presidencial em relação ao processo judicial, debaixo

³³ Swartz, Bernard. *Op.cit.*, p. 20 e 39.

³⁴ Garvey and Aleinikoff. *Op. cit.*, p. 252.

de quaisquer circunstâncias.³⁵

Em razão do pronunciamento firme da *Supreme Court*, manifestada publicamente de modo inequívoco, em uma só voz, *Nixon* não teve outra opção senão preceder à entrega das fitas. Dezessete dias depois, por falta de legitimidade, e ameaçado de *impeachment*, renunciou.

8. DOS RECURSOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aqui, três aspectos, abaixo comentados, merecem atenção em sua abordagem constitucional.

8.1 Necessidade de se alterar urgentemente a Constituição para se permitir o recebimento, em caráter discricionário, dos recursos especiais e extraordinários

Em face do princípio do devido processo legal (*due process of law*), adotado pela nossa constituição federal de 1988 (art.5º, incisos LIV e LV) com mais de oitocentos anos de atraso em relação ao direito inglês (magna carta de 1215) e mais de duzentos anos referentemente ao direito americano (constituição de 1787), o recurso cinge-se à instância ordinária: decisão e revisão. O acesso a outro nível, de instância especial, não se acha amparado por ele, salvo nos casos e condições especiais estipulados na própria lei que propiciar essa fase recursal.

Extrai-se dessa assertiva que o vencido não tem direito a mais de uma revisão. Pode vir a ter direito a um pronunciamento da instância especial, que fica hierarquicamente acima da ordinária, se demonstrar que atendeu aos pressupostos recursais estabelecidos em lei. Geralmente, a instância especial só reexamina a questão de direito, desprezando os aspectos fáticos, objeto de dilação probatória examinada na instância ordinária.

Com base no devido processo, a instância especial não é obrigada a apreciar o recurso a ela interposto, a não ser se tiver lei assim determinando. O princípio garante apenas que os apelos sejam endereçados ao tribunal revisor, evitando-se recursos diretamente às instâncias superiores, salvo ressalva em lei.

Esse é o ensinamento que se extrai do direito americano, a ver pela lição de *Daniel John Meador*, para quem “O princípio que embasa esse tipo de solução é o de que cada litigante tem direito a uma revisão do mérito da decisão de primeira instância e que esta revisão é feita pelo tribunal intermediário. Mas a teoria não assegura ao litigante o direito a duas apelações. Qualquer revisão posterior somente será admitida no interesse da construção pretoriana do direito ou do aperfeiçoamento do sistema jurídico. Por isso, a Suprema Corte tem a liberdade de determinar quais casos, dentre as inúmeras petições apresentadas, merecem sua atenção, enquanto desenvolve seu papel institucional de formadora do direito e deixa que a corte intermediária se ocupe da maioria das apelações e exerça a função de corrigir erros. É esta a estruturação jurisdicional recomendada pelos *Standards* de Administração Judicial da *American Bar Association*, que constituem um conjunto prestigiado de estruturas recomendadas e adotadas por muitos reformadores judiciais. No entanto, poucos Estados têm um esquema assim tão simples. Em muitos deles

³⁵ Hall, Kermit L, Wiecek, William M. and Finkelman, Paul . **American Legal History**. USA: Oxford University Press, 2nd ed, 1996, p. 547: *However, neither the doctrine of separation of powers, nor the need for confidentiality of high level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances.*

existem dispositivos legais que asseguram o acesso de determinadas matérias diretamente da primeira instância à Suprema Corte, sem passar pelo tribunal intermediário. Causas criminais nas quais uma pena de morte tenha sido imposta são freqüentemente tratadas desta forma. Em alguns Estados esta jurisdição abreviada é assegurada para os casos nos quais a primeira instância tenha declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal ou estadual. O princípio é o de que casos dessa natureza são muito importantes, e como, provavelmente, alcançarão a Suprema Corte, a economia processual e a agilidade da justiça são mais bem atingidas mediante esse atalho.”³⁶ Todavia, nesse assunto há várias confusões instaladas no Brasil.

8.2 Quantidade de recursos extraordinários

A primeira delas consiste no fato de que muitos doutrinadores ensinam que se deve limitar o número de recursos e dificultar o acesso às instâncias superiores especiais, tais como para o Supremo Tribunal Federal. Outra é que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial é feito, num primeiro momento, justamente pelo tribunal contra cuja decisão se recorre. A finalidade, evidente, é o de se evitar a subida de recursos para aquelas Cortes. Ora, acredito estar havendo, nesses casos, uma inversão ilógica e irracional. Relativamente ao número de recursos para o Supremo Tribunal Federal, defendo que seja ampliado, como se viu acima, permitindo-o a partir da sentença de primeiro grau.

Nos Estados Unidos, a *U.S. Supreme Court* recebe, por ano, cerca de 7.000 pedidos de revisão de sentenças, dos quais toma conhecimento, apenas, de cerca de 100 casos, deferindo ou não o *Writ of Certiorari*. A Justice Sandra Day O’Connor, recentemente aposentada, conta que, quando tomou posse na Corte em 1981, “nós recebíamos em torno de 4.000 pedidos por ano para rever decisões particulares das cortes inferiores, mas nós aceitávamos e decidíamos com sentença fundamentada somente cerca de 150 por ano”. Recentemente, a corte tem recebido cerca de 7.000 petições por ano e tem aceitado menos de 100. O número de petições admitidas declinou depois que o congresso em 1988 tornou discricionária a sua competência de corte de apelação.³⁷ Antes, dissera que outros 100 casos, que não envolvem arrazoados completos e sustentações orais, também são sumariamente (*per curiam*: pronunciamento do tribunal sem manifestações individuais) julgados por ano.³⁸

Note-se que a discricionariedade para julgar os recursos que lhe são endereçados, como instância especial – e não corte de apelação –, já havia sido autorizada, antes, pelo congresso na revisão judiciária de 1925 (*The Judges Bill Act*).

O que se vê, lá, é o não cerceamento do encaminhamento de petições à Suprema Corte Americana. Aliás, essas petições são até incentivadas, ao permiti-las a partir da sentença de primeiro grau, quando for alegada ofensa à constituição ou à lei federal.

Diferentemente, porém, é a aceitação do recurso. A Suprema Corte não julga todos eles. Devolve a maioria com apenas um carimbo, dizendo que não foi acolhido.

³⁶ Meador, Daniel John. *American Courts*. USA: West Publishing, 1991. (Os Tribunais nos Estados Unidos. USIS, p. 19).

³⁷ O’Connor, Sandra Day. *The Majesty of the Law*. USA: The Easton Press, 2005, p. 9 e 11.

³⁸ *Idem*, p. 5.

8.3 Juízo de admissibilidade

No que pertine ao exame da admissibilidade pelos tribunais inferiores, é evidente que isso fere qualquer senso de razoabilidade. Como entender que o tribunal que julgou a improcedência da apelação possa emitir juízo de admissibilidade em relação ao recurso extraordinário, ou ao especial, endereçados pela parte vencida, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça?

Os que adoram o tecnicismo dirão que, caso esse tribunal não admita o recurso extraordinário (depois de exaurida toda a complexa processualística a que se refere o art. 542, do CPC), cabe agravo de instrumento para o Supremo que, em assim entendendo, pode mandar subir o recurso. Ora, há um desvirtuamento aí. Primeiro, porque o juízo de admissibilidade do recurso deve ser emitido por quem tem poderes para conhecê-lo. Segundo, porque a permissão da interposição do agravo de instrumento não desnatura a intrusão do tribunal inferior no assunto e, ao mesmo tempo, complica o já embaraçado sistema processual, ao ensejar mais um procedimento e outro recurso, totalmente desnecessários.

8.4 Demonstração de repercussão geral

Outro aspecto que considero incorreto é o recorrente ter que demonstrar no recurso extraordinário que a matéria contém questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, as quais são capazes de denotar a repercussão geral, como exige a Lei nº 11.418, de 20.12.2006.

Ora, quem decide se questão exposta no recurso extraordinário tem ou não relevância constitucional, ou se vai causar impacto nacional, seja para unificar jurisprudência, seja para alterar uma legislação inconsistente com a Constituição, é o próprio Supremo Tribunal. Assim, de um caso singular, de aspecto puramente individual, ele pode extrair conseqüências jurídicas de larga aplicabilidade.

Foi o que a *US Supreme Court* fez, a partir de casos individuais, aparentemente de interesse particular, sem significação ampla ou expressão geral, a ver: Em *Gideon v. Wainwright*, em 1963, ela concedeu um *writ of certiorari* a Gideon, que pessoalmente recorreu diretamente a ela, por ter sido condenado por furto, sendo que, no julgamento, por ser pobre, não teve condições de contratar um advogado. O juiz, em face das leis do Estado-membro, recusou-se a lhe fornecer um defensor dativo (gratuito, custeado normalmente pelo governo).

Vislumbrando a oportunidade de expandir o caso concreto, dando-lhe característica geral, a Suprema Corte regrou que

Razão e reflexão requerem-nos reconhecer pelo sistema contraditório da justiça criminal, que a qualquer pessoa introduzida na corte, que é muito pobre para contratar um advogado, não lhe pode ser assegurado um julgamento imparcial, a menos que um advogado lhe seja providenciado. Isso parece ser uma óbvia verdade.³⁹

Estabelecendo esse precedente, a Suprema Corte disciplinou a assistência advocatícia nos tribunais de justiça. Em outra oportunidade, ela estendeu esse amparo

³⁹ Schwartz, Bernard. Op. cit., p. 280.

constitucional (de ter direito a um advogado) à fase do inquérito perante a polícia, desde a prisão do suspeito. É o que foi decidido no famoso caso *Miranda v. Arizona*, em 1966. Miranda foi condenado numa Corte estadual por seqüestro e estupro. Ele havia sido preso e interrogado sem o aviso de que tinha direito de ter um advogado presente. Após duas horas, a polícia obteve dele uma confissão, que foi admitida como prova no seu julgamento. O tribunal de apelação estadual manteve a condenação, mas a Suprema Corte dos USA a reverteu, sob o argumento de que a polícia, para estar habilitada a usar a confissão, deve demonstrar que deu efeito pleno ao direito do indiciado de permanecer calado, ressaltando que tudo que disser será usado contra ele, e contar com a presença de um advogado, seja contratado por ele ou dativo, caso não possa pagar a um.⁴⁰

Conclui-se que os recursos, diretamente para as instâncias especiais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, etc.), devem ser incentivados, a partir da sentença de primeiro grau, sem a exigência de comprovação de interesse geral da causa, ou o exame da admissibilidade daquele que julgou o caso, eliminando-se toda a parafernália processualística, atualmente existente, aplicável à espécie.

9. DA QUEBRA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

9.1 Prazos maiores para os órgãos da União e o recurso de ofício

O princípio da separação e independência dos poderes impõe ao Judiciário que não se curve aos poderes eleitos (executivo e legislativo) quando eles asseguram, por meio de leis (ou emendas constitucionais), sua posição privilegiada perante o poder judiciário.

Assim, em virtude de leis, obriga-se o judiciário a recorrer de ofício, como se parte fosse, em alguns casos em que os órgãos do poder executivo foram considerados sucumbentes por sentença judicial (CPC, art. 475; Lei 1.533/51, art. 12 (mandado de segurança). Ora, essa função de agente do executivo assumida pelo judiciário é constitucionalmente intolerável.

De igual forma – agora afrontando o princípio da igualdade de todos perante a lei e a cláusula do devido processo legal (*due process of Law*), em sua dimensão processual, esta inserida na constituição federal (art.5º, incisos LIV e LV), e que garante o tratamento isonômico das partes no processo – revela-se inconsistente com a carta política a concessão, por lei, de prazos especiais para a fazenda pública, aí englobando a união federal (e câmara dos deputados), estados-membros (e assembléias legislativas), municípios (e câmara municipal) e suas correspondentes autarquias e fundações públicas, e o ministério público para contestar ou recorrer (contam-se, respectivamente, em quádruplo e em dobro, *ex vi* do art.188, do CPC).

Dentro da dimensão unicamente processual do devido processo legal, que exige tratamento igualitário para as partes, hão de ser extintos – por mera decisão judicial – os recursos de ofício (O judiciário não é parte, nem pode pretender socorrer uma das partes), bem como os prazos mais dilatados para os entes estatais e suas autarquias e fundações. Afigura-se inconstitucional, ainda, o privilégio das intimações pessoais tanto para essas pessoas jurídicas, como para o membro do ministério público, este nos processos cíveis, já que o advogado da parte contrária (pessoa física ou jurídica privada) não detém esse privilégio legal.

⁴⁰ Schwartz, Bernard. Op. cit., p. 281.

9.2 Assento privilegiado do ministério público nas audiências judiciais

Também constitui agressão ao princípio da igualdade o fato de se permitir ao membro do ministério público, principalmente nas ações penais públicas incondicionadas, de que é parte titular, como representante do Estado, ter assento, no alto, ao lado do juiz, geralmente confabulando com ele, enquanto que o réu e seu advogado permanecem em baixo. Essa situação coloca o réu, psicologicamente, em posição de desigualdade processual – inferiorizando, inclusive, o próprio advogado –, o que viola a garantia constitucional da igualdade perante a lei.

Tal deferência da lei, baseada na suposta prerrogativa de função do ministério público, na realidade acoberta privilégio que diminui, ainda, o próprio poder judiciário, já que, tomando o membro do “*parquet*” assento no mesmo nível dos juízes, coloca-se na condição de poder, enquanto não passa de órgão, dotado, é certo, de autonomia, mas vinculado ao poder executivo, o qual o judiciário tem a obrigação constitucional de controlar e checar seus limites de atuação. Obviamente, trata-se de mais uma intrusão do executivo no poder judiciário. O processo criminal ocorrido nessas condições padece de nulidade, por ferir, simultaneamente, o princípio da igualdade das partes e o devido processo legal, que dá executividade a ele.

Nos Estados Unidos da América – lembre-se que nossa constituição é cópia da americana –, jamais um representante do executivo teve assento junto ao judiciário. Lá, o representante do ministério público (*District Attorney*), além de sentar-se no mesmo nível do advogado, e abaixo do juiz, é tratado, nas cortes de justiça, com a mesma deferência dada aos advogados, podendo, inclusive, ser advertido em audiência, ou, até mesmo, em hipóteses raríssimas, face ao respeito e homenagens mútuos, ser preso pelo juiz por desacato (*contempt of the court*).

Portanto, não se pode mais permitir que o membro do ministério público tome assento, nas audiências públicas, ao lado do juiz, em nível mais elevado do que o advogado. Esse fato, além de denotar que o judiciário dá maior realce ao representante do estado, quebra a simetria que deve prevalecer entre as partes, notadamente no processo criminal, onde o MP, indiscutivelmente, é parte. E parte acusadora. Aos olhos do réu – e da própria sociedade –, o agente acusador e o juiz se confundem, como se ambos, no alto, estivessem contra ele, em baixo, na mais das vezes colocado longe de seu advogado, com quem, no decorrer da audiência, não pode trocar idéias e informações, de modo a, efetivamente, ter direito à mais ampla defesa. Obviamente, nesse caso, a imagem da justiça fica sob suspeita de parcialidade, vício intolerável para o Judiciário, cujo poder decorre, justamente, de sua imparcialidade e honorabilidade. Psicologicamente, também, até o advogado fica inferiorizado. Quem acredita num judiciário, onde uma das partes tem privilégio, ou tratamento diferenciado, como acontece atualmente? Quando o judiciário perde sua credibilidade, torna-se, naturalmente, descartável, pelo menos como poder político, como aconteceu na França.

Quanto cotejo a fotografia dos nove *justices* que compõem a Suprema Corte dos Estados Unidos com a dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, noto que esta última retrata doze pessoas. O procurador-geral da república, que aqui aparece ao lado dos ministros, revela-se, seguramente, um estranho no ninho.

10. IMUNIDADE PARLAMENTAR

Constitui garantia constitucional o julgamento pelo juiz natural, isto é, aquele previamente designado por lei, competente para todos os casos da mesma espécie. Logicamente, o princípio refere-se ao cargo, legalmente preenchido, e não à pessoa que o ocupa. Portanto, o indivíduo, por exemplo, tem direito de ser julgado pelo juiz criminal da comarca, ou de determinada vara, consoante a prévia e imparcial distribuição do processo, mas não o de ser julgado pelo juiz tal, enquanto pessoa.

Diz, taxativamente, a Constituição Federal de 1988 (art.5º, inciso XXXVII) que *“não haverá juízo ou tribunal de exceção”*. Esse preceito é reforçado por outro, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, que deve ser considerado na sua grandeza jurídico-processual: *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”* (art.5º, inciso LIII).

Por evidência solar, a garantia do juiz natural, inerente ao poder judiciário, não se estende a outros atores que desempenham sua função junto a ele. Por aí se vê que inexistia a figura do promotor de justiça natural, mesmo porque esse fato contrariaria os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade, que informam essa nobre instituição do Ministério Público (CF, art.127, § 1º; e CPP, arts. 5º, 6º e 24).

Significa o preceito constitucional que o acusado da prática de um delito penal tem direito de ser julgado pelo juiz que é competente normalmente para aquele caso, de acordo com a lei. Não se admite juiz ou tribunal especial para o caso comum, nem por ser o réu também pessoa especial.

Revela-se, a meu ver, pois, inconstitucional, seja por ferir o princípio da igualdade, seja por maltratar a cláusula do devido processo legal, a concessão, por lei, ou mesmo por norma constitucional, da chamada prerrogativa de foro, pelo qual são julgados por juízes outros – que não o do distrito da culpa (onde ocorreu o crime) – de que gozam deputados, senadores, presidente da república, ministros de estado, governadores, deputados estaduais, prefeitos, juízes e promotores. Também constituem tribunais de exceção as cortes militares, quando julgam o militar por crime praticado contra civil. Em virtude do devido processo legal, lei abusiva, ou regra inserida na própria constituição, não pode retirar dos juízes ou tribunais sua normal jurisdição, sob pena de afastar do feito o juiz natural. A lei fundamental pretendeu, com isso, proscrever os tribunais de exceção (foro privilegiado em razão das pessoas) e instituindo a garantia do julgamento pelo juiz natural, isto é, por aquele que é, legal e naturalmente, o titular do cargo, na área de jurisdição da ocorrência do fato tido como ilegal ou delituoso. Significa dizer que a carta política determinou, como princípio a ser observado, que todos devem ser julgados pelo juiz competente, sem exceção de pessoas, ou de exercício de cargo. Esse preceito da lei maior acha-se presentemente desvirtuado, eis que diversas autoridades escapam ao juízo natural, sob o frágil argumento de prerrogativa do cargo (presidente da república, governadores, prefeitos, deputados e senadores, magistrados e promotores de justiça, ou seu equivalente federal, o procurador da república).

Os políticos – infelizmente, por falta de coragem do judiciário, que abdica parte de sua competência privativa e, com isso, diminui a estabilidade política do país – só são processados quando seus pares permitem o julgamento, o que é uma coisa lastimável para a democracia e falta de exemplo de conduta reta pelos representantes do Estado, de quem se

espera um paradigma exemplar de honra e decência.

A Suprema Corte dos Estados Unidos nunca permitiu que o legislativo lhe usurpasse parte de sua competência. Lá é ela quem decide se a imunidade do parlamentar, por votos e opiniões, tem conexão ou não com o crime pelo qual o parlamentar está sendo processado perante o juiz federal de primeiro grau ou o júri.

Nada justifica esse pendor judicial de defesa dos representantes do estado, quando sua função primordial e constitucional é, justamente, o contrário, a de defender o povo contra a intrusão, o privilégio e o ataque dos agentes estatais. Em razão dessa cultura legalista e de subserviência ao governo, creio eu, é que duas coisas acontecem simultaneamente neste país: a existência de pessoas acima da lei e os milhões de marginalizados, submetidos ao império taxativo da lei.

Note-se que o fato que, realmente, transformou o judiciário americano em poder político foi quando demonstrou ter capacidade de resguardar sua competência constitucional de ser o último interprete da lei (dizer o que a lei é, direito conquistado através do *judicial review*), ressalvado ao congresso alterar sua interpretação por emenda constitucional. Para isso, foi natural que ocorressem confrontos com os demais ramos do governo. Com relação ao congresso, isso se deu quando os políticos pretenderam, eles mesmos, decidir sobre sua imunidade parlamentar, a fim de serem ou não processados pela justiça, quando denunciados pela prática de crimes. A Suprema Corte americana não hesitou em atribuir-se a si, face ao princípio da separação dos poderes e de sua missão constitucional de ser o interprete final da constituição, o direito de traçar as fronteiras da imunidade parlamentar, cingindo-a ao direito ao livre discurso e debate, dentro do congresso. Nesse restrito sentido pronunciou-se a Suprema Corte Americana (*Gravel N. United States – 1972*), ao declarar que “A cláusula do discurso e do debate pode ser invocada tanto nos processos civil ou criminal. Sua proteção estende tanto ao membro do congresso quanto a seus assessores, desde que estes executem serviços que seriam imunes se a conduta legislativa fosse praticada pelo membro do congresso”.⁴¹

De acordo com Laurence Tribe,

Pelos seus termos, a imunidade, que a cláusula de discurso ou debate confere, é absoluta. A Suprema Corte, não obstante, limitou os tipos de ações congressionais protegidas pela imunidade. O primeiro caso (*Kilbourn v. Thompson - 1881*) a corte declarou que a imunidade se estende a todas “coisas geralmente feitas numa sessão do congresso por um dos seus membros em relação aos negócios de que cuida”.⁴²

Por negócios congressionais, a Suprema Corte definiu que não incluía todo ato executado por um membro do parlamento. Assim, no caso *United States v. Brewster – 1972*, um ex-senador federal foi propriamente condenado por simplesmente aceitar suborno, o qual,

⁴¹ Tribe, Laurence H. Op.cit., p. 370: *The speech or debate clause may be invoked in either civil or criminal proceedings. Its protection extends both to members of Congress and to their aides, insofar as the aides perform “services that would be immune legislative conduct if performed” by a member of Congress.*

⁴² Tribe, Laurence H. Op.cit., p. 370: *By its terms, the immunity the speech or debate clause confers is absolute. The Supreme Court has nonetheless limited the kinds of congressional actions protected by the immunity. In the first case to construe the speech or debate clause, Kilbourn v. Thompson, the Court held that the immunity extends to all “things generally done in a session of Congress by one of its members in relation to the business before it.*

obviamente, não faz parte do processo ou da função legislativa.⁴³

Segundo esse renomado constitucionalista americano, a linha separando ações protegidas das não protegidas é a última entre “atividades puramente legislativas” e “matérias políticas”. Atividades legislativas incluem todas as ações congressionais que são “uma parte integral do processo deliberativo e comunicativo pelo qual os membros participam de comitês e procedimentos da Casa relativamente à consideração e passagem ou rejeição de legislação proposta ou referente a outras matérias que a constituição coloca dentro da jurisdição de cada Casa. Assim, em adição ao literal debate e fala, uma gama de outros atos – votação, preparação de relatórios do comitê, condução de audiências do comitê, por exemplo – são claramente protegidas pela cláusula do discurso e do debate. As matérias políticas desprotegidas são, por exemplo, serviços providenciados aos parlamentares, ajuda pessoal na intermediação de contratos governamentais, ou no agendamento de reuniões nas agências governamentais, bem como na comunicação direta com o público, ou através da mídia (*newsletter, press release*), ou de discursos manifestados fora do congresso ou por meio de publicação de livros. Essa publicação externa não é protegida pela cláusula do discurso e do debate, mesmo se o material publicado estava anteriormente conectado ao curso de uma atividade legislativa protegida.”⁴⁴

Afirma, ainda, esse famoso professor de direito constitucional da Universidade de Harvard que há duas principais justificativas para a interpretação pelo judiciário de cláusula do discurso e do debate a fim de dela excluir pelo menos algumas atividades congressionais. A primeira, porque, não obstante a cláusula constitucional que dá poderes ao congresso de disciplinar seus próprios membros, de fato ele é mal equipado para investigar, julgar e punir seus membros, em conexão com a conduta somente “incidentalmente relacionada com o processo legislativo”. Exceto em circunstâncias extraordinárias ou de partidarismo do Congresso, espera-se sua relutância em punir os seus próprios membros. E se o parlamento agir, não há garantia de que o alvo de sua ação se beneficiaria das salvaguardas procedimentais contra injustiças, disponíveis no procedimento judicial. A segunda, que uma construção mais abrangente da cláusula do discurso e do debate se justifica pela mútua coexistência da imunidade legislativa e da revisão judicial.⁴⁵

Como asseverou a Suprema Corte (*Powell v. Mac Komack-1969*), “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.⁴⁶ Assim, a limitação pela Suprema Corte da imunidade congressional à pura “ação legislativa” é, talvez, uma tentativa de acomodação entre as competitivas atribuições constitucionais da revisão judicial e da autonomia legislativa.⁴⁷

⁴³ Tribe, Laurence H. Op. cit., p. 371.

⁴⁴ Tribe, Laurence H. Op. cit., p. 371-372.

⁴⁵ Tribe, Laurence H. Op.cit., p. 373: *However this evidentiary matter is resolved, there are two principal justifications for interpreting the speech or debate clause to exclude altogether at least some congressional activity. First, although article I, § 5, empowers Congress to discipline its own members, it in fact “is ill-equipped to investigate, try and punish its Members” in connection with conduct only “incidentally related to the legislative process.” Except in extraordinary or partisan circumstances, Congress may be expected to be reluctant to punish its own. And if Congress should act, there is no guarantee that the targets of its action would benefit from the procedural safeguards against injustice available in judicial proceedings. A less than encompassing construction of the speech or debate clause is justified, second, by the mutual coexistence of legislative immunity and judicial review.*

⁴⁶ Tribe, Laurence H. Op.cit., p. 373.

⁴⁷ Tribe, Laurence H. Op. cit., p. 374.

Atentos a essas lições de direito constitucional sobre a delimitação da imunidade parlamentar, está, com todo respeito, passando da hora de se fazerem os ajustes constitucionais necessários para dar mais transparência na justiça brasileira. Assim, nos crimes comuns não envolvendo a liberdade de opinião ou livre manifestação política, toda pessoa, exercente de cargo público ou político, até mesmo o presidente da república, deve responder perante o juiz de primeiro grau.

Compete, pois, ao Supremo Tribunal Federal dizer e delimitar precisamente a imunidade parlamentar, exercendo sua função constitucional de frear o abuso do congresso, que avocou, inconstitucionalmente (a norma vale menos do que o princípio) para si o poder decisório, inclusive o de sustar o andamento da ação penal, usurpando competência essencialmente própria do poder judiciário, quando o correto é o contrário.

Com efeito, se durante o trâmite de uma ação penal o parlamentar invocar a imunidade, o Supremo Tribunal verificará, após ouvir o ministério público, se ela tem pertinência com seus objetivos de proteger o congressista pela sua livre manifestação do pensamento no exercício da atividade representativa popular. Caso o crime não esteja coberto pela imunidade (crime comum, por exemplo), o Supremo Tribunal decidirá o incidente contra o parlamentar e autorizará o andamento da ação penal perante o juiz federal de primeiro grau.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal deve atuar, como regra, apenas como instância final recursal. Agride o seu *status* constitucional funcionar como corte de primeiro grau, ouvindo testemunhas e colhendo provas processuais, ainda que essa parte se faça por meio de delegação aos juízes de instância inferior.

O contrário ocorre nos Estados Unidos. O presidente Bill Clinton, no caso de suas relações impróprias com uma estagiária da Casa Branca, respondeu criminalmente perante um juiz federal de primeiro grau. Apenas teve o privilégio de ser ouvido, por meios eletrônicos, sem sair do recinto presidencial.

Se for deferido ao legislativo tal poder (o de julgar os delitos criminais de seus membros, ou isentá-los da jurisdição criminal judiciária), já não estamos mais regidos por uma forma de governo republicana, com nítida separação dos poderes, mas estaremos debaixo de um sistema de governo parlamentarista, a exemplo da Inglaterra, onde a palavra final sobre as decisões do judiciário pertence à câmara dos *Lords*, pois lá só existe um poder: o parlamento.

Não se esqueça de que nossa Constituição Federal, no que toca à estrutura de governo e repartição de poderes, seguiu, a exemplo das constituições republicas desde a primeira de 1891, o paradigma americano. As normas nela inseridas, de proteção aos congressistas e mandatários do executivo, mesmo cobertas sob o falso manto da prerrogativa do cargo, não encontram sustentabilidade constitucional, em face dos princípios por adotados na carta política, que prevalecem, indiscutivelmente, sobre as normas constitucionais.

11. CONCLUSÃO

Para mudar o judiciário brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, o que se torna irremediavelmente necessário, a fim de que se transforme num verdadeiro poder político – e não mero aplicador literal de lei ou de norma constitucional – de igual dimensão e

envergadura dos demais ramos governamentais eleitos, é preciso, muito mais do que a edição de leis (um poder político independente e igual aos demais não pode ficar na dependência do legislativo para exercer sua nobre missão constitucional), que ocorra uma profunda mudança de mentalidade jurídica por parte dos juízes, de modo a passarem a interpretar a constituição sobrepondo-a, efetivamente, às leis e normas constitucionais que não guardem sintonia com ela, ou com os princípios e os valores sociais que ela abriga e que constituem os seus fundamentos. Numa verdadeira democracia, o enfrentamento dos poderes eleitos pelo judiciário, no exercício de sua missão constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), é extremamente salutar e necessário. Do contrário, não há falar em judiciário independente.

12. ABSTRACT:

*Celebrating the 20th anniversary of the 1988 Constitution – the citizen Constitution as it was called by Ulisses Silveira Guimarães – this article focuses the pressing necessity of a change in the judiciary mind, mainly by the Justices of the Federal Supreme Tribunal, as a non elective power; characteristically antimajoritarian, in order to become, **de fato**, an independent politic power, in the same constitutional dimension of the two other majoritarian governmental branches, which make laws and constitutional amendments. Acting so it will protect - with effective efficacy, applying the constitutional principles, without waiting for the coming of the laws - its own independence and the individual civil rights, of minoritarian aspect, without loss of its checks and balances constitutional mission.*

Key words: *The independence of the Judiciary. Antimajoritarian power. Necessity of a change in the judiciary mind. Control of the **medidas-provisórias**, laws and constitutional amendments. The majoritarian characteristics of the laws. Minoritarian dimension of de civil rights.*

13. REFERÊNCIAS

- ARISTOTLE. **Policts and Poetics**. USA: The Easton Press, 1979
- BELZ, Herman. **A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical Perspective**. USA: Rowman&Littlefield, 1988
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Portugal: Almedina, 1996
- FLEXER, James Thomas. **Washington -The Indispensable Man**. USA: Back Bay Books: Little, Brown and Co., 1974.
- HALL, Kermit L, Wiecek, William M. and Finkelman, Paul . **American Legal History**. USA: Oxford University Press, 2nd ed, 1996.
- HAMILTON, Alexander. **The Federalist**. USA: The Easton Press, 1979.
- JEFFERSON, Thomas. **Writings**. USA: The Easton Press, 1993
- GARVEY, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. USA: St. Paul: West Publishing, second edition, 1991.
- GLICK, Nathan. **Explaining the Constitution: The Federalist Papers. In An Outline of American Government**. USIA, 1989.
- MARKS Jr, Thomas C. and Cooper, John F. **State Constitutional Law** . USA: West Publishing, 1988
- MARSHALL, Jonh. **McCulloch v. Maryland**. 17 U.S. 316 (Wheat), 1819.
- MEADOR, Daniel John. **American Courts**. USA: St.Paul/Minn: West Publishing, 1991 (Os Tribunais nos Estados Unidos. USIS).
- O'CONNOR, Sandra Day. **The Majesty of the Law**. USA: The Easton Press, 2005.

- REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. USA: William Morrow, 1987.
- ROSE, Jonathan. **About the United States History –Leif Ericson to 1865**. USIA.
- SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. USA: Oxford University Press, 1993.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – Due Process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 3^a ed, 2001.
- _____. **Freios e Contrapesos – Checks and Balances**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- _____. **500 Anos de Servidão – A lei como instrumento de dominação política no Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004.
- _____. **Tribunal Arbitral-Nova Porta de Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- SCHROEDER, Richard and Click, Nathan. **An Outline of American government**. USIA, 1989.
- TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. USA: Foundation Press, 2nd ed, 1988.
- WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. **Por Detrás da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 1985.



CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS E LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO

Aflaton Castanheira Maluf¹

Resumo:

No presente trabalho, procuramos demonstrar os tipos de controle judicial de constitucionalidade das normas, tendo como referência principal seus reflexos sobre leis e atos normativos municipais. Defendemos mudanças constitucionais e legais nos controles judiciais de constitucionalidade, a favor dos municípios brasileiros. A premissa dessas mudanças tem por base o *status* constitucional de entes federativos, que os municípios brasileiros possuem. Em decorrência, as Leis Orgânicas Municipais são Constituições e assim devem ser compreendidas. Outra consequência dessa realidade é a possibilidade de existência dos juízes municipais. Por fim, deve existir a devida responsabilidade dos agentes públicos pelos seus atos.

Palavras-chave: Constituição. Federação. Controles de constitucionalidade. Municípios. Lei Orgânica municipal. Juízes Estaduais. Juízes Municipais. Agentes Públicos Municipais.

SUMÁRIO:

1. A federação na Constituição Brasileira de 1988 – 1.1 Breves noções sobre república e federação – 1.2. A federação brasileira na Constituição de 1988 – 2. A Constituição Brasileira de 1988 e o controle judicial de constitucionalidade – 2.1 O controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos municipais – 2.2 Controle *difuso* de constitucionalidade das normas municipais – do Juiz ao STF – 2.3 Controle *concentrado* de constitucionalidade das normas municipais – Tribunal Estadual e/ou Federal? – 2.4 Controle *direto* ao STF de constitucionalidade das normas municipais *via* Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 3. Fonte constitucional das Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal – 3.1 – A Lei Orgânica do Município é uma Constituição? – 3.2 – A Lei Orgânica do Distrito Federal – 4. A Constituição do Município e os meios judiciais de controle dos atos normativos locais – 4.1 Os juízes estaduais e o controle múltiplo de constitucionalidade – 4.2 O controle de constitucionalidade das normas locais poderia ser feito por juízes municipais? – 5. Responsabilidades políticas e administrativas dos agentes políticos municipais – 6. Conclusões – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. A FEDERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1.1. Breves noções sobre República e Federação

Estado federal ou federação compreende um meio jurídico-constitucional de organização de um País. A federação tornou-se definitivamente implantada na era moderna com a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787. Trata-se, em palavras simples, de uma forma de organização política em que se admite, pelo menos, *duas* ordens ou níveis políticos dentro do país ou nação: *uma* ordem jurídica geral e superior (denominada União Federal) e ordens jurídicas menores (denominadas Estados-federados). Somadas, perfazem a

¹ Ex-Professor da UNIUBE e da UNIPAC. Professor da UEMG. Mestre em Direito Público pela UNIFRAN/SP. Advogado.



maior – federação. Essa forma de estado surgiu em oposição aos Estados unitários da época. As nações, até então, tinham como *regra* um comando central, exclusivo e centralizador. A república está compreendida no modo de governar, bem como nos meios de atingir o poder político. Essa forma de governo (republicano), sugerida pelos estudiosos desde a antiguidade (cf. Platão e Aristóteles), robusteceu-se na era moderna, em oposição à monarquia. As monarquias até o Séc. XIX tinham como *regras* básicas: A *hereditariedade* (o poder passava de pai para filho, geração após geração), a *vitaliciedade* (o monarca, além de ser chefe de estado e de governo, ficava no poder até sua morte) e a *irresponsabilidade* (o monarca não respondia a ninguém pelos seus atos). A República contemporânea surgiu exatamente para combater esses *dogmas* milenares. A forma de governo republicano possui como princípios basilares: a *eletividade* dos governantes (escolha popular dos mandatários políticos por meio de votações); a *temporiedade* no poder (ninguém pode se perpetuar no poder, indefinidamente) e a *responsabilidade* dos agentes (todos, governantes e governados, devem responder pelos seus atos, sejam quais forem). Ambas (república e federação) foram idealizadas para combater e corrigir os vícios dos Estados unitários e das monarquias absolutistas da Idade Média, Moderna e Contemporânea.

A federação, por sua vez, possui como *princípios básicos*: impossibilidade de dissolução de seus componentes; descentralização político-administrativa e financeira (autonomia dos poderes políticos que compõem a federação); existência de um órgão político que represente seus componentes (no Brasil, é o Senado Federal); uma Constituição Federal rígida que deve ser respeitada e seguida por todos; e pelo menos um órgão constitucional encarregado do controle de constitucionalidade das normas (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça estaduais, como se verá). O Brasil é uma República Federativa desde sua proclamação, a 15 de novembro de 1889. A proclamação teve por fim o rompimento com o antigo regime, de império monárquico. A realidade republicana e federativa concretizou-se por meio dos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto n. 1, exarado pelo Governo Provisório. Posteriormente, a Constituição Brasileira de 1891 confirmou essa situação de país republicano e federativo. Conforme explica KILDARE G. CARVALHO:

A Constituição de 1891 continha 91 artigos na parte permanente e 8 artigos nas disposições transitórias, sendo o texto mais breve de todas as nossas Constituições. Adotou a forma federal de Estado, com a distribuição dos Poderes entre União e Estados, consagrando-se a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse (art. 68).²

Desde então, sempre adotamos a *república* em nossas Cartas. Aliás, atualmente, a maioria dos países do mundo deixa formalmente explícito no texto de suas Constituições que são *republicanos*. Após a Constituição brasileira de 1891, não deixamos de ser igualmente uma federação. No texto das Constituições brasileiras posteriores, sempre estiveram contidas, inseparáveis, as palavras *república federativa*, em que pese ao período ditatorial unitarista e centralizador de 1937-1945. Assim estamos até o presente.

1.2. A Federação Brasileira na Constituição de 1988

A atual Constituição de 1988 deixa explícito em seu Artigo 1º que a República Federativa Brasileira é formada pela união de: Estados + Distrito Federal + Municípios. São,

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 480.

portanto, três componentes que, somados, perfazem a União Federal em nosso país. Como ponto diferenciador entre nossa atual federação e as federações no mundo (atuais e do passado), encontramos os municípios. Em outras palavras, todos os municípios brasileiros compõem o *pacto* federativo. Dentre outras coisas, alegam os defensores das unidades locais brasileiras, como entes federativos, que os municípios foram protagonistas da organização política do país, desde o início da Colônia. Portanto, sua condição de *ente federado*, explicitado na Constituição Brasileira de 1988, destacadamente nos Arts. 1º e 18, veio afirmar seu mérito histórico. Nessa linha de pensamento encontramos CARMEN L. A. ROCHA:

A Federação brasileira tem traços e modelo singular. Tido como ‘naturalmente federativo’ ou como ‘geograficamente federativo’ o país tem história e condições territoriais que impõe a Federação modelada segundo critérios próprios. A figura do Município antecede mesmo a adoção constitucional da forma federativa de Estado, pelo que, independente dos modelos estrangeiros, que alguns teimam que teria sido melhor apenas copiar integralmente, tingindo-se de cores singulares o desenho da organização nacional.³

Somos uma federação *complexa*, tendo em vista, especialmente, as competências constitucionais legislativas e administrativas dos componentes do Estado Federal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Os conflitos gerados entre os entes federados, tendo em vista as ações e/ou omissões políticas, são uma constante em todas as federações do mundo. Daí a fundamental necessidade da existência de um órgão regulador que venha dirimir e corrigir eventuais abusos. Entre nós, nas questões que envolvem competências constitucionais (legislativas e administrativas) dos entes da federação, a última palavra cabe ao Poder Judiciário.

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A atual Constituição Brasileira, assim como outras do continente americano, determina em seu texto os princípios e regras básicas sobre controle judicial de constitucionalidade. No plano federal, a *guarda* da Constituição Brasileira compete *precipualemente* (ou em última instância) ao Supremo Tribunal Federal – STF (CR/1988, Art. 102). Como adotamos a forma de Estado *federativa*, estabelecemos que o controle de constitucionalidade em face das Constituições Estaduais cabe aos respectivos Tribunais de Justiça (CR/1988, Art. 125, § 2º). No Brasil, temos controle judicial “duplo” ou “misto” de constitucionalidade. Em outras palavras, existem duas formas processuais básicas de exigir judicialmente o cumprimento das normas constitucionais: diretamente, em ações específicas aos Tribunais citados (STF no plano federal e Tribunais de Justiça no plano estadual); ou pelos Juízes e Tribunais em ações diversas, como incidente e/ou preliminar. Ambos são controles judiciais de constitucionalidade *posteriores* ou *repressivos*. Os controles *prévios* e *concomitantes* de constitucionalidade, exercidos pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, não serão objeto deste estudo. Entendemos que esses meios de controles de constitucionalidade merecem análise própria, em estudo específico.

Pois bem, o primeiro, denominado controle judicial constitucional *concentrado* ou *direto*, acontece em ação própria e específica, dirigida ao STF, no caso de atos normativos federais e estaduais que venham contrariar a Constituição Brasileira (CR/1988, Art. 102, I, ‘a’);

³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 319.

e aos Tribunais Estaduais, no caso de atos normativos estaduais e municipais contrariarem a Constituição Estadual (CR/1988, Art. 126, § 2º e Constituição Mineira de 1989, Art. 118). Os efeitos da decisão, nesse caso, dar-se-ão *erga omnes*. O controle constitucional *concentrado* (denominado controle *abstrato*) divide-se em: **a)** Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn genérica), diretamente ao STF ou Tribunais de Justiça; **b)** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), diretamente ao STF; **c)** Ação Direta por Omissão (ADIn por Omissão), diretamente ao STF; **d)** Ação Direta Interventiva (ADIn Interventiva), diretamente ao STF; **e)** Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECon), diretamente ao STF. Neste estudo, trataremos *somente* dos itens ‘a’ e ‘b’, tendo em vista o foco municipalista. O segundo controle judicial constitucional, denominado *difuso*, é exercido por qualquer juiz ou tribunal, incidentalmente nos autos, ou seja, como ponto integrante do(s) pedido(s) e/ou da(s) defesa(s), a ser explicitado e aplicado na *decisão* que envolve as partes (pessoas físicas ou jurídicas). Daí o porquê de essas decisões possuírem, em regra, efeitos *inter partes*. O controle constitucional *difuso* (denominado controle *concreto*) divide-se em: **a)** sobre atos normativos existentes que ofendam a Constituição, e **b)** sobre omissões ou ausência de normas regulamentadoras fundamentais, nos termos da CR/1988, Art. 5º, LXXI (concretizado por mandados de injunção individuais e coletivos). Neste estudo, trataremos *somente* do item ‘a’. Entendemos que o item ‘b’ (mandado de injunção) merece outro estudo em tempo oportuno. A razão maior da existência de tais controles exercidos sobre todas as normas *infra* constitucionais reside no *princípio da supremacia da Constituição*. Explica PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR:

A Constituição é a norma fundamental. Seja rígida ou flexível, escrita ou costumeira, é dotada de superioridade sobre as demais normas do sistema jurídico. A norma constitucional é suprema. Da supremacia constitucional surge a necessidade de compatibilidade das normas jurídicas inferiores com a Constituição. [...] O controle de constitucionalidade é a verificação da referida compatibilidade.⁴

E completa TEORI ALBINO ZAVASCKI: “Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade, este está sujeito a controle pelo Poder Judiciário, por mecanismos que a própria Constituição estabelece”.⁵ O Brasil, vale repisar, é uma *república federativa*. Para reforçar o que já ventilamos, temos nossa federação composta por: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Art. 1º e 18 da CR/1988). Em conseqüência dessa realidade constitucional, temos as Cartas Estaduais, Distrital e Municipais. A essa altura, vale dizer, as Constituições Estaduais, Lei Orgânica do Distrito Federal e as Leis Orgânicas dos Municípios são “filhas” da Constituição “mãe”, ou seja, da Brasileira. Portanto, obviamente, também se sujeitam às regras e princípios desta. Isso fica claríssimo na leitura do Art. 11, *caput* e parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da Constituição Brasileira de 1988. Em outras palavras, sobre tais Constituições também incidirão os controles de constitucionalidade, se houver violação destas à Carta Brasileira. Esse fato, aliás, é mais comum do que se imagina.

2.1 O Controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos municipais

O Município, na atual ordem constitucional brasileira, compõe a federação brasileira em pé de igualdade com os Estados e o Distrito Federal (Art. 1º e 18 da CR/1988). Essa pes-

⁴ SIQUEIRA Jr. Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 92.

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 259.

soa jurídica de direito público interno possui suas prerrogativas fundamentais conferidas pela Constituição Brasileira. Ressalta ZENO VELOSO que, “No Brasil, então, o Município, entidade estatal, integrante da estrutura federativa, com tríplice autonomia – política, administrativa e financeira – recebeu poderes da Constituição Federal para elaborar a sua própria lei orgânica, votada e promulgada pela Câmara Municipal”.⁶ A diversidade de municípios em nosso país de dimensões continentais é enorme, seja do ponto de vista populacional, cultural e/ou territorial. O Brasil possui mais de 5.500 unidades federativas locais. A título de informação, Minas Gerais é o Estado da federação brasileira que abriga mais Municípios em seu território: 853. Se existem muitos municípios brasileiros com *menos* de mil habitantes, também existem outros com milhões de habitantes, cujo orçamento anual, imóveis urbanos, frota de veículos, número de juízes etc. são maiores que os de muitos países do mundo.

Desde o Brasil-colônia, não se viam tantas prerrogativas e poderes conferidos aos municípios. Sua estrutura constitucional básica situa-se nos Arts. 1º, 18, 23, 29, 29-A, 30, 31, 37, 156, 157, 182, 225 da Constituição Brasileira de 1988. Temos no Brasil, conforme dissemos, uma *federação* diferenciada de 3 níveis: a *nacional* (União), a *estadual* (Estados e DF) e a *local* (Municípios). Percebeu-se disso PAULO BONAVIDES:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta na definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.⁷

O controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais, por sua vez, pode ocorrer tanto por ofensa à Constituição Brasileira, como por violação à Constituição do respectivo Estado, onde se encontra o Município. Esse controle de constitucionalidade, no que tange às normas municipais, será concretizado tanto nas vias processuais *diretas* (Tribunal de Justiça, em face da Constituição Estadual) quanto nas *difusas* (Juízes, em face da Constituição Federal e/ou Estadual). Também podem co-existir outras situações nessa *seara*. Por exemplo, é possível existir controle “duplo” de constitucionalidade dos atos normativos municipais, ou seja, quando existir, ao mesmo tempo, ofensa à Constituição Brasileira e à Estadual. Mas será possível controle de constitucionalidade das normas municipais (leis municipais em geral) em face da Lei Orgânica do Município? Sobre esse ponto específico explicaremos adiante.

2.2 Controle *difuso* de constitucionalidade das normas municipais – do Juiz ao STF

Os atos normativos municipais que afrontarem a Constituição Brasileira, todos sabem, estão sujeitos a controle de constitucionalidade *difuso* perante qualquer juízo e/ou Tribunal brasileiro. Explica PEDRO LENZA:

O controle difuso, repressivo ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário. [...] O controle difuso verifica-se em um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*),

⁶ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 352.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 314.

prejudicialmente ao exame de mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a *causa de pedir processual*.⁸

Esse controle judicial de constitucionalidade, aliás, pode ocorrer de *ofício*. Explicando melhor, não é necessário que o autor ou o acusado venham alegar incidentalmente, nos autos do processo, a inconstitucionalidade da norma municipal para que seja reconhecida pelo(s) Juiz(es). Os magistrados podem (e devem) exercer o controle de constitucionalidade a qualquer momento, com ou sem alegação das partes. Não poderia ser diferente, pois estamos no terreno das questões de *ordem pública*, tendo por base o *princípio* da supremacia da Constituição. Nessa linha encontramos KILDARE G. CARVALHO:

A arguição de inconstitucionalidade pela via de exceção, é efetivada não só como defesa, mas também por meio de ações constitucionais de *habeas corpus*, mandado de segurança ou ações de procedimento ordinário. A inconstitucionalidade é suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo ainda vir a ser reconhecida de ofício pelo juiz ou tribunal.⁹

Se a incompatibilidade da norma municipal com a Constituição da República ocorrer no Juízo de 1º grau (em *regra* Estadual), poderá ela chegar ao STF em grau de recurso (ordinário ou extraordinário). Indo mais longe, é possível a incidência do controle judicial difuso ou concreto de constitucionalidade *contra* ou *a favor* dos Municípios (e das normas municipais) no Juízo Federal de 1º grau. Isso ocorrerá, por exemplo, quando a legislação federal entrar em conflito com normas locais, invadindo competências constitucionais reservadas aos Municípios (Constituição Brasileira de 1988, Art. 30, I). Nas federações, existem competências legislativas *privativas* destinadas a cada ente federado. A Constituição Brasileira atual segue essa técnica de repartição de competências. Nessa linha, podemos dizer que as normas municipais podem invadir competências legislativas estaduais que estarão sujeitas a controle *difuso* no Juízo Estadual; e federais, sujeitas a controle *difuso* no Juízo Estadual e/ou Federal (em face da Constituição da República). A recíproca é verdadeira, ou seja, a União e os Estados-federados também podem invadir competências destinadas aos Municípios, desrespeitando a Constituição da República. Portanto, as competências constitucionais *próprias* de cada ente da federação, devem ser respeitadas pelos outros componentes do pacto federativo, sob pena de incidir o controle judicial de constitucionalidade (cf. por exemplo: Constituição da República de 1988, Arts. 22; 25, § 3º; 182, § 1º etc.). Assim sendo, caso seja levantada a inconstitucionalidade da norma municipal na primeira instância, seja pelo autor, pelo acusado ou mesmo pelo Ministério Público, nos autos do processo, o caminho a percorrer até o exaurimento judicial será: Juiz Estadual = Tribunal de Justiça = STJ = STF *ou então* Juiz Federal = Tribunal Regional Federal = STJ = STF. Esse raciocínio é o mesmo nas áreas trabalhista, eleitoral e/ou militar. Não importa qual assunto está sendo discutido judicialmente, seja conflito de interesses privados (individuais) ou coletivos (públicos), a Constituição da República, pelo princípio da hierarquia, possui nível superior e, portanto, será sempre observada.

A Constituição Brasileira de 1988 deixa bem claro que, nessa *seara*, a última palavra será do Supremo Tribunal Federal – STF. Ora, nem poderia ser diferente, pois o STF é o guardião

⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9.ed São Paulo: Método, 2005, p. 103-104.

⁹ Obra citada. p. 379.

da Constituição (Constituição da República de 1988, Art. 102, *caput*). Ao STF compete julgar, em recurso ordinário e extraordinário (ou em última instância), normas municipais que estejam em conflito com a Constituição (Constituição da República de 1988, Art. 102, II, ‘a’ e III, ‘c’). Também pode ocorrer controle *difuso* de constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Estadual. Aqui o caminho é menor: Juiz Estadual = Tribunal de Justiça. Esse *iter* ou seqüência é obrigatório, seja na Justiça Estadual, Federal ou especializada, sob pena de violar o *princípio* da supressão de instâncias, ou seja, não cabe recurso sobre a decisão do Juiz de 1ª instância diretamente ao STJ ou STF. Não restam dúvidas que o controle de constitucionalidade *difuso* é amplíssimo. Esclarece JOÃO CARLOS SOUTO:

É desinfluyente a origem da norma acoimada de inconstitucionalidade: ela pode ser federal, estadual ou municipal. Da mesma forma, não importa a espécie de Justiça à qual o magistrado esteja vinculado; tanto faz se ele é federal, estadual ou pertença à denominada justiça especializada: militar, do trabalho e eleitoral. Também não importa se se trata de juiz singular ou decisão colegiada, ainda que do Supremo Tribunal Federal. Enfim, qualquer órgão judicial, dentro dos limites da sua competência, pode exercer a fiscalização concreta.¹⁰

Como se vê, o *ponto favorável* nesse tipo de controle constitucional é a possibilidade de qualquer cidadão alegar a inconstitucionalidade de qualquer norma (municipal, distrital, estadual e federal) em face da Constituição Brasileira. Trata-se de direito político fundamental, inerente ao exercício da cidadania. O *ponto negativo* nesse meio de controle constitucional é o tempo despendido na ação, desde o juiz até o STF. Caso exista uma medida cautelar com *liminar* na 1ª instância, suspendendo a norma tida como inconstitucional (sendo a mesma mantida pelo Tribunal), teremos um efeito rápido e duradouro. Em contrário, se não houver nenhuma medida emergencial eficaz, teremos um processo se arrastando por anos e anos até a decisão final. Infelizmente essa realidade ainda é regra. Esse *quadro*, até então desencorajador, está sendo pintado com novas cores, após a introdução das *súmulas vinculantes* para o STF (CR/1988, Art. 103-A) e as *súmulas impeditivas* de recursos para STF e STJ. Esses mecanismos são a concretização do *princípio* constitucional da *celeridade*, introduzido pelo novo inciso LXXVIII, do Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, via EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário). Podemos ter, por exemplo, uma súmula vinculante do STF, editada após resolver um caso concreto de um município, em sede de controle *difuso* de constitucionalidade. Tal súmula vinculante, editada com base nessa decisão, seria estendida para centenas ou até milhares de municípios que possuísem casos análogos, solucionando-os em definitivo. Muitos recursos proteladores, utilizados até o momento, certamente terão vida curta em um futuro breve.

2.3 Controle *concentrado* de constitucionalidade das normas municipais – Tribunal Estadual e/ou Federal?

O Controle judicial *concentrado* ou *direto* de constitucionalidade das normas compreende um processo *objetivo*, efetuado diretamente ao Tribunal competente. Como somos uma federação, temos, no Brasil, o STF como guardião da Constituição da República e os Tribunais de Justiça como guardiões das respectivas Constituições de seu Estado. Não fosse assim, não seríamos uma verdadeira federação. Aliás, quanto maior for a autonomia política, administrativa e judicial dos membros da federação, mais aperfeiçoada será esta. Ao contrário,

¹⁰ SOUTO, João Carlos. *A união federal e o controle da constitucionalidade*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, n. 1, 1998, p. 21.

se as decisões políticas e judiciais, em sua maioria, concentrarem-se nos poderes da União, estaremos longe de ser uma verdadeira federação. Não existe possibilidade, na letra atual da Constituição Brasileira de 1988, especificamente art. 102, inciso I, alínea ‘a’, de aplicar o controle de constitucionalidade *concentrado* (ou em ação dirigida originariamente ao STF) sobre leis e/ou atos normativos *municipais* que venham ofender diretamente a Constituição Federal. A redação da *alínea* citada não deixa nenhuma dúvida de que esse tipo de ação constitucional originária ou direta (denominada ADIn) aplica-se *somente* sobre leis e atos normativos federais e estaduais. Nesse sentido, o STF já se manifestou inúmeras vezes. Para os atos normativos municipais que ofendam diretamente a Constituição Brasileira, o único caminho constitucional é o *controle judicial difuso*. Essa ação, normalmente ingressada na 1ª instância das comarcas (Justiça Estadual) ou subseções judiciárias (Justiça Federal) do interior do país, certamente percorrerá a *via crucis* até chegar ao STF, pelos recursos ordinários ou extraordinários (CR/1988, Art. 102, II, ‘a’ e III, ‘c’). Nada obstante, existem autorizados pensamentos discordantes, como REGINA M. M. NERY FERRARI:

Houve silêncio do legislador constituinte em relação, ainda, à declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta, no que diz respeito ao conflito normativo estabelecido entre uma lei municipal e a Constituição Federal. Dessa forma e repetindo a antiga Lei Fundamental, parece admitir-se a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal frente à Constituição Federal só por via de defesa ou exceção, o que poderia constituir uma falha, pois regula o controle da constitucionalidade das leis municipais frente à Constituição Estadual, em forme genérica, quando ele se exerce abstratamente, mas nada dispõe em relação ao conflito que pode se estabelecer entre a lei municipal e a Constituição Federal. [...] Vê-se, então, que, se houve avanços no campo do controle da constitucionalidade, ficou um hiato que só o tempo poderá completar.¹¹

Portanto, a realidade constitucional indica que o *único* controle judicial *direto* ou *abstrato* de inconstitucionalidade para atos normativos municipais é a ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) manejada perante o respectivo Tribunal de Justiça Estadual. Porém, vale dizer, isso somente ocorrerá “se” a ofensa do ato normativo municipal for em face da Constituição Estadual (CR/1988, Art. 125, § 2º).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO tem outra visão sobre essa realidade:

Em termos literais, não está prevista competência para a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal. Entretanto, parece claro que a Constituição, aqui nesse parágrafo, disse menos do que quis. Não há lógica em escaparem as leis e atos normativos municipais violadores da Constituição da República de um instrumento radical de controle, como a ação direta.¹²

Essa visão não prosperou na Corte Maior brasileira. O Supremo Tribunal Federal reafirmou e declarou inconstitucionais todos os dispositivos das Constituições Estaduais que previram

¹¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 422-424.

¹² FERREIRA F. Manoel Gonçalves. *Comentários a Constituição Brasileira de 1988*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 36.

controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais pelos Tribunais Estaduais em face da Constituição Brasileira. A título de exemplo, temos os Arts. 106, I, ‘h’ e 118, § 1º, da Constituição Mineira de 1989:

Art. 106.

I [...]

h) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais em face desta Constituição, ou municipais, em face desta e da Constituição da República;

Art. 118.

[...]

§ 1º. Aplica-se o disposto nesse artigo, à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição da República.

A alínea ‘h’, do inciso I, do Art. 106, e o parágrafo 1º, do Art. 118, ambos da Constituição Mineira de 1989, tiveram sua *parte final*, mais precisamente as expressões: “[...] e da Constituição da República” e “[...] em face da Constituição da República” declaradas inconstitucionais pelo STF, através das ADIns nº 508 e nº 699, respectivamente. O STF sempre alegou ser o “único guardião” da Constituição Brasileira, sendo totalmente descabido que os Tribunais Estaduais atuem nas ADIns sobre atos normativos municipais, que violem diretamente a Carta Federal (cf. nesse sentido RE 92.169/SP, *RTJ*, v. 103, p. 1115). Os argumentos adotados pelos notabilíssimos Ministros do STF no julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 92.169, utilizado como *leading case*, desde então, não se sustentam, pois cabe Recurso Extraordinário contra as decisões dos Tribunais de Justiça (CR/1988, Art. 102, III, ‘c’). O Recurso Extraordinário é utilizado, em grau de recurso, para as decisões dos Tribunais emanadas em controles constitucionais *difusos*. Não obstante, o próprio STF já admitiu, inúmeras vezes, sua utilização após ações *diretas* de controle de constitucionalidade, ou seja, nas competências originárias, destinadas aos Tribunais de Justiça, como se verá *infra*. Além disso, para impedir que a decisão do Tribunal de Justiça transitasse em julgado, caso não houvesse Recurso Extraordinário pelas partes envolvidas na Ação (incluindo o Ministério Público), bastaria que se introduzisse o mecanismo do recurso *ex officio*, para o STF, nos moldes do Art. 475 do CPC. Na prática, não haveria usurpação da competência originária do STF, pois a última palavra no controle judicial de constitucionalidade em face da Constituição da República, via Recurso Extraordinário (ou *ex officio*), continuaria sendo dele.

Entendemos que existe outro caminho, com uma solução melhor para essa pendência. Ora, se o Município brasileiro é explicitamente um ente federativo (CR/1988, Arts. 1º e 18), os parlamentares da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988 falharam ao negar-lhe as prerrogativas inerentes aos Estados e ao Distrito Federal. Os Constituintes alçaram o Município a ente federativo, porém, mantendo ou repetindo dispositivos da ordem constitucional anterior, quando ele (município) não tinha esse *status*. É como se tivéssemos 3 carros iguais, externamente, sendo que em um deles faltassem algumas peças internas. Aqui está a ausência de uma peça importante, ou seja, a Constituição Brasileira atual, não igualou os Municípios aos Estados e ao Distrito Federal, no que tange a Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF. Isso já deveria ter sido resolvido, com uma “simples” Emenda Constitucional ao Art. 102, I, de modo que a *alínea ‘a’* assim ficasse redigida:

Art. 102.

I [...]

a) – ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital e municipal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (NR¹³)

E se a ofensa da norma municipal for dupla? Ou seja, e se a norma municipal violar a Constituição Estadual e a Federal ao mesmo tempo? Isso acontece em inúmeros casos concretos. Dizendo melhor, nessa *seara* existem *duas* situações básicas: *primeiro*, temos artigos da Constituição Brasileira que são implantados facultativamente nas Constituições Estaduais (são as denominadas normas de *imitação*); *segundo*, temos artigos da Constituição Brasileira que devem, obrigatoriamente, ter sua redação repetida, *ipsis litteris*, pelas Constituições estaduais (são as denominadas normas de *reprodução*). São exemplos de artigos de *repetição* ou *reprodução obrigatória* para as Constituições estaduais: CR/1988, Arts. 25, 26, 27, 28, 29, 37, 126, 155 etc. O STF entende que, nesses casos, cabe ADIn diretamente ao Tribunal de Justiça, em face de violação à Constituição Estadual das normas estaduais e municipais, com possibilidade de Recurso Extraordinário da decisão para a Corte Maior. Nesse sentido, KILDARE G. CARVALHO:

Por isso mesmo é que se tem como possível a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual, contra lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da Constituição do Estado-Membro, quer se trate de norma de ‘imitação’ quer se trate de norma de ‘reprodução’ de dispositivo da Constituição Federal cabendo em ambos os casos ao Tribunal de Justiça processar e julgar a ação direta.¹⁴

Porém, frise-se, esse raciocínio não é válido quando a lei ou ato normativo municipal for incompatível *somente* em face da Constituição da República. Explica PAULO FERNANDO SILVEIRA:

É verdade que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o conhecimento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidades versando sobre leis municipais. Mas, também, os Tribunais de Justiça não o têm – com o controle concentrado – quando a lei municipal afrontar, unicamente, dispositivo da Constituição Federal ou confrontar com lei federal.¹⁵

No mais, tudo o que se aplica no controle judicial de normas, em sede de jurisdição constitucional, através de um processo constitucional *objetivo* (ou mesmo *difuso*), citando como exemplos: cautelares, liminares, efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, *pro futuro*, força vinculante da decisão, interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto etc., tem plena aplicação para as normas municipais violadoras da Constituição da República.

2.4 Controle *direto* ao STF de constitucionalidade das normas municipais *via* Argüição

¹³ NR – Nova Redação. Sigla obrigatoriamente utilizada nos termos do Art. 12, inciso III, alínea ‘d’, da Lei Complementar Federal nº 95 de 1998 [Técnica Legislativa]

¹⁴ Obra citada. p. 435.

¹⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias: Direito fundamental a informação e competência legislativa municipal*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, n. 11, Nov/ 2006, p. 72.

de Descumprimento de Preceito Fundamental

Se a Constituição da República de 1988 não admitiu, no Art. 102, I, a, controle *direto* de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – STF, sobre atos normativos municipais, o Art. 102, § 1º abriu a possibilidade de essa *lacuna* federativa, em desfavor do Município, ser corrigida. Esse parágrafo da Constituição Brasileira está devidamente regulamentado pela Lei Federal nº 9882/1999. Em outras palavras, atualmente pode-se exercer controle *concentrado* ou direto ao STF sobre normas municipais que desrespeitem *preceitos fundamentais* da CR/ 1988. Portanto, os *legitimados ativos* (autores da ação) podem alegar, em nome do município (ou em desfavor deste), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – sobre leis e atos normativos municipais, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei Federal nº 9882/99, Art. 1º, Parágrafo único, I, e Art. 2º. Advirta-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF não possui (nem poderia) o mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn Genérica, em que pese a ambas serem destinadas ao controle direto do STF. Chama a atenção para esse fato REGINA M. M. NERY FERRARI:

Reconhecendo que existem pontos de semelhança entre a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é preciso dizer que não teria sentido nossa Lei Fundamental prever dois tipos de ações distintas para um só objetivo, ou seja, a fiscalização abstrata da constitucionalidade.¹⁶

A Lei Federal nº 9882/99, em Art. 4º, § 1º, deixa claro que a ADPF possui caráter de ação constitucional *subsidiária*. Dizendo melhor, a ADPF será cabível quando não houver outro meio (ou Ação) eficaz para resolver a lesividade. Exemplificando, se o Mandado de Injunção (CR/1988, Art. 5º, LXXI) resolve a questão, a ADPF somente seria possível em *segundo plano*. ANDRÉ RAMOS TAVARES sintetiza a posição do STF sobre a ADPF:

Parece certo que o princípio da subsidiariedade, criado exclusivamente pela legislação de regência, será aplicado para manter o *status* histórico da ação direta de inconstitucionalidade, reservando a A.D.P.F. apenas um papel ‘secundário’.¹⁷

Autores de nomeada reprovaram a ampliação do controle de constitucionalidade pelo STF, via Lei Federal nº 9882/99, especialmente no que tange aos atos normativos municipais.

Por todos, ALEXANDRE DE MORAES:

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do STF, que, conforme a jurisprudência e doutrina pacíficas, somente pode ser fixada pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.¹⁸

Nada obstante, o próprio STF não se manifestou contrariamente aos preceitos da Lei Federal nº 9882/99. ALEXANDRE DE MORAES, em obra mais recente, reconhece esse posicionamento:

Dessa forma, o STF admite o ajuizamento de arguição de descumprimento de

¹⁶ Obra citada, p. 447.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 276.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2.408.



preceito fundamental em virtude de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, ainda que, excepcionalmente, revogados.¹⁹

Como defensor da constitucionalidade da Lei Federal nº 9882/99, encontramos as lições de UADI LAMMÊGO BULOS:

Afigura-se-nos, pois, que a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal permaneceu intacta com o advento do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/99. Não houve – frise-se bem – alargamentos inconstitucionais de atribuições da Corte excelsa, e sim uma aplicação do princípio do acesso à Justiça, que não é somente um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, mas sim o ponto central do moderno direito público.²⁰

Aderimos plenamente às palavras de Uadi Lammêgo Bulos. Observamos, porém, que a Lei Federal nº 9882/99, Art. 2º, inciso I, previu como *legitimados ativos* para impetrar a ADPF os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn (Constituição da República de 1988, Art. 103), deixando de fora os poderes públicos municipais (Prefeito e Mesa da Câmara de Vereadores). Mais uma vez a história se repete em desfavor da autonomia política dos Municípios. É verdade que os representantes dos poderes locais poderiam representar ao Procurador-Geral da República, nos termos da Lei Federal nº 9882/99, art. 2º, § 1º. Mas a decisão do ingresso da ação fica ao talante desse Chefe do Ministério Público. Infelizmente, mais uma vez, a legislação claudicou, deixando de fora os entes federativos municipais. Insistimos que os Municípios são entes federativos, *em pé de igualdade* com Estados e o Distrito Federal (CR de 1988, Arts. 1º e 18). Não há hierarquia ou subordinação política entre os membros da federação, portanto a lei está *incompleta* nesse ponto. Para que a arguição possa ser feita diretamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei Federal nº 9882/99, art. 1º, Parágrafo Único, inciso I, englobando normas municipais, é necessário legitimar os poderes públicos municipais para impetrar a ação. Não são eles os interessados diretos sobre a lei ou ato normativo de sua localidade?

Propomos uma solução “densa”, e com eficácia superior, posto que constitucional. O melhor caminho seria a introdução de um *novo inciso* no Art. 103 da Constituição da República, no que tange aos legitimados ativos ou autores das ações. Antes de mais nada, evitar-se-ia, assim, qualquer arguição de inconstitucionalidade sobre o acréscimo, pelo ângulo formal legislativo.

Aliás, esse acréscimo constitucional de *legitimidade ativa* resolveria, de uma só vez, duas falhas federativas na Constituição, em desfavor dos municípios: *primeiro*, a legitimação dos Poderes municipais para agir, via ADIns no STF, sobre atos normativos municipais questionados em face da Constituição Brasileira (conforme defendemos *supra*); *segundo*, a legitimação dos órgãos políticos municipais para ingressar com a ADPF. Propomos o seguinte acréscimo na Constituição Brasileira para solucionar essa ausência de legitimidade ativa:

Art. 103.

[...]

X – O Prefeito e a Mesa da Câmara de Vereadores quando se tratar de ato normativo do Município.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 758.

²⁰ BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 899.

Em conseqüência, após a modificação constitucional, a Lei Federal nº 9882/99 deveria ser complementada, nesse ponto, com o acréscimo de um novo inciso II (vetado na redação original) ao art. 2º. A redação seria a mesma sugerida acima:

Art. 2º.

[...]

II – O Prefeito e a Mesa da Câmara de Vereadores quando se tratar de ato normativo do Município.

Isso solucionaria bem a questão. E, para que o Supremo Tribunal Federal – STF – guardião da Constituição da República (CR/1988, Art. 102) não fique abarrotado por ações impetradas por centenas e até milhares de municípios brasileiros, basta que se editem *súmulas vinculantes*, evitando-se a repetição de assuntos análogos.

3. FONTE CONSTITUCIONAL DAS LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS E DO DISTRITO FEDERAL

3.1 A Lei Orgânica do Município é uma Constituição?

As Leis Orgânicas municipais estão previstas na Constituição Brasileira de 1988, Art. 29 *caput*. Já as Câmaras municipais constituintes estão previstas no ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Art. 11, Parágrafo único, da mesma Carta. Assim sendo, não importa se o Município possui mil habitantes ou dez milhões de habitantes, todos terão, igualmente, Lei Orgânica. Vejamos: *primeiro*, temos os fundamentos de criação das Leis Orgânicas explicitados pelo *poder constituinte originário* (ou pela Assembléia Nacional constituinte) na atual Constituição da República Federativa Brasileira – CRFB –, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – art. 11, Parágrafo único (mesma fonte das Cartas Estaduais). *Segundo*, o citado preceito da CRFB de 1988 determina que as Leis Orgânicas serão votadas e aprovadas (e, em conseqüência, modificadas) mediante *quorum* qualificado de dois terços dos membros do Poder Legislativo da municipalidade. *Terceiro*, a Lei Orgânica (e suas emendas posteriores) será sempre promulgada diretamente pela Mesa da Câmara de Vereadores, nos termos da Constituição da República Federativa Brasileira, art. 29 *caput*. Tudo em pé de igualdade com os requisitos similares previstos para a Constituição Brasileira e para as Constituições Estaduais. Assim como as Cartas estaduais, a Lei Orgânica municipal somente pode ser aprovada e modificada por *quorum* qualificado. Enquanto as Constituições Estaduais exigem, em regra, *quorum* qualificado de 3/5 (três quintos) para sua elaboração (exemplo: Constituição Mineira de 1989, Art. 64, § 3º); a Constituição Brasileira, por sua vez, exige *quorum* qualificado de 2/3 (dois terços) para elaboração e modificação das Leis Orgânicas Municipais (CR/1988, Art. 29, *caput*). A tramitação dar-se-á igualmente em *dois* turnos. Sua promulgação, assim como a Carta Brasileira, é *exclusiva* da Mesa Diretora. Por fim, assim como todos os Estados possuem suas próprias Constituições, todos os municípios brasileiros possuem suas próprias Leis Orgânicas (senão, não são Municípios). Sobre a denominação “Lei Orgânica”, assim expressa ZENO VELOSO:

Por sua finalidade e conteúdo, sempre defendemos a idéia de que a Lei Orgânica do Município é uma autêntica Constituição, a Constituição Municipal, para a qual não se deu este nome. E em matéria jurídica, é sabido e ressabido, o nome é o que menos importa.²¹

²¹ Obra citada. p. 352.

Completa ANDRÉ RAMOS TAVARES:

Parecem restar poucas dúvidas quanto ao fato de que, estando a Lei Orgânica no maior grau hierárquico do ordenamento jurídico municipal, a posição que ocupa dentro desse subsistema é a de verdadeira Constituição do Município, especialmente à luz do texto da Carta Magna de 1.988, que ampliou a autonomia dos Municípios, estendendo-lhes a classificação de ente federativo.²²

Como fecho sobre os fundamentos constitucionais exigidos à matéria ventilada, temos os sempre citados arts. 1º e 18 da Super Lei brasileira. Os respectivos artigos elevaram os municípios a componentes do *pacto federativo*, lado a lado com os Estados-federados e o Distrito Federal. A municipalidade, portanto, encontra-se em nível de *paridade* com os demais componentes da federação brasileira, possuindo suas próprias e exclusivas competências constitucionais (cf. por ex: CR de 1988 art. 30, I, III, V, VIII; art. 31; art. 156 e art. 182 etc.). Por todas as considerações acima, consideramos a Lei Orgânica, *material e formalmente*, como uma verdadeira e *legítima* Constituição Municipal (entenda-se: possuindo a mesma natureza jurídica), através do que a doutrina especializada chama de *poder constituinte derivado decorrente*. Pergunto: é possível, então, exercer controle judicial de constitucionalidade sobre atos normativos e leis locais que desrespeitem os dispositivos da Carta Municipal? Incluindo suas regras e princípios? Esse tema será objeto de análise *infra*.

3.2 A Lei Orgânica do Distrito Federal

Nosso País sempre teve a figura do Distrito Federal, desde o início da República Federativa, na Constituição de 1891 (Arts. 2º e 34). PINTO FERREIRA explica sua origem:

A criação de um Distrito Federal é, por assim dizer, uma inovação política no governo norte-americano. Os pais da Constituição ianque, a fim de evitar o ciúme e a rivalidade entre os Estados federados, localizaram a capital em uma região, que não pertencesse a nenhum deles.²³

O Distrito Federal brasileiro, considerado um membro federativo *sui generis*, possui sua Constituição denominada igualmente de “Lei Orgânica”, nos termos do Art. 32, *caput*, da CR/1988. Como se não bastasse, os requisitos de aprovação/modificação da Lei Orgânica do Distrito Federal são os mesmos previstos para as Leis Orgânicas municipais, ou seja, *quorum* qualificado de 2/3 (dois terços) e aprovação em *dois* turnos. Não há dúvida de que a Lei Orgânica do Distrito Federal também é uma Constituição. Mais ainda, a Lei Orgânica do DF é Constituição Estadual e Municipal *ao mesmo tempo*. Isso porque o Distrito Federal possui competências constitucionais duplas, ou seja, de Estado e Município, cumulativamente: CR/1988, Art. 32, § 1º. Como se não bastasse, o Distrito Federal não possui Municípios em seu território (CR/1988, Art. 32, *caput*). Isso quer dizer que dentro de seu território existem apenas “núcleos urbanos”, sem representatividade de Prefeitos e Vereadores, cargos políticos existentes apenas nos Municípios. A tradução disso é que o Governador do DF é também, cumulativamente, Prefeito de Brasília e demais cidades satélites. E os Deputados Distritais da Câmara Legislativa, por sua vez, acumulam as funções de Vereadores de Brasília e demais núcleos urbanos do DF.

²² Obra citada. p. 399.

²³ FERREIRA, Pinto. *Comentários a Constituição brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 288.

Em suma, os agentes políticos do DF possuem atribuições administrativas e legislativas “em dobro” (Estaduais e Municipais). Como o Distrito Federal é um ente federativo “dois em um” sua natureza jurídica só pode ser *híbrida*.

Insistimos que o *quorum qualificado* necessário para aprovação/modificação das Constituições Estaduais é, em regra, de *três quintos* dos membros da Assembléia Legislativa (cf. por ex: atual Constituição de Minas Gerais, art. 64, § 3º), inferior, portanto, aos *dois terços* para mudanças nas Leis Orgânicas Municipais e também do Distrito Federal (CR/1988, Art. 29 *caput* e Art. 32 *caput* respectivamente). Enfim, se as Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal não forem Constituições, nenhuma Carta Estadual o será.

4. A CONSTITUIÇÃO DO MUNICÍPIO E OS MEIOS JUDICIAIS DE CONTROLE DOS ATOS NORMATIVOS LOCAIS

Feitas as necessárias considerações preliminares, vejo com clareza, serenidade e sem a menor hesitação que as Leis Orgânicas dos mais de 5.500 municípios brasileiros são Constituições Municipais e assim devem ser compreendidas. Portanto, o primeiro fundamento jurídico-constitucional de validade de todas as normas da localidade é a Lei Orgânica. Em outras palavras, todas as leis ordinárias, complementares, códigos do Município bem como outras normas da localidade devem observá-la e respeitá-la sob pena de ingressarem no terreno da inconstitucionalidade. ANDRÉ RAMOS TAVARES percebeu isso:

Deve-se controlar a adequação das normas inferiores de um Município ao conjunto de suas normas fundamentais, a lei orgânica. Como proceder a esse controle, não previsto pelo constituinte federal ou estadual, é a questão que continua a demandar estudo mais aprofundado, embora, pela interpretação lógico-sistemática do ordenamento, algumas considerações iniciais podem ser traçadas. A primeira delas é que, como já afirmado, sobre o controle das leis municipais em relação à lei orgânica nada se encontra na Constituição Federal e tampouco em qualquer das Constituições estaduais. E mesmo a doutrina a respeito é praticamente inexistente.²⁴

De fato, esse assunto ainda não foi levado a sério, tampouco é merecedor de atenção especial, pelo simples fato de que os entes federativos locais (municípios) ficaram de “fora” do controle judicial *direto* ou *concentrado*, exercido pelo STF em face da Constituição da República (CR/1988, Art. 102, I, ‘a’ e Art. 103). Então vejamos: sendo necessário, quem, afinal, exercerá tal controle de constitucionalidade? Será feito previamente (na fase de projetos de leis), concomitantemente ou posteriormente? A intervenção judicial dar-se-á por via direta ou difusa?

4.1 Os Juízes Estaduais e o controle múltiplo de constitucionalidade

Inicialmente, vale lembrar: os controles *diretos* ou *concentrados* de (in)constitucionalidade, via ADIn genérica, ADIn por Omissão e Interventiva, ADECon e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF –, são exercidos perante o Supremo Tribunal Federal – STF – em sua competência originária, no plano federal e em face da Constituição Brasileira (CR/1988, Art. 102). Os Tribunais de Justiça dos Estados da federação – “TJ’s”, por sua vez, exercem o controle de (in)constitucionalidade nos planos estaduais (e

²⁴ Obra citada. p. 400.

distrital, no Distrito Federal), via ADIn's sobre leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição de seu respectivo Estado (Lei Orgânica para o Distrito Federal). A título de ilustração, citamos a Constituição Mineira de 1989, que estabelece, em seu art. 118, o controle de constitucionalidade sobre as normas estaduais e municipais. Portanto, obviamente, de acordo com as regras atuais da Constituição Brasileira (CR/1988, Art. 102, I 'a' e Art. 125, § 2º), o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, em face da Constituição Municipal (Lei Orgânica), será exercido, em regra, pelos Juízes estaduais das Comarcas do País, via *controle difuso*, nos autos de processos cíveis (ex: ações populares, improbidade administrativa, ação civil pública etc.). Observa ANDRÉ RAMOS TAVARES:

Trata-se de uma aplicação do sistema difuso de controle da constitucionalidade, tornando a posição da lei orgânica análoga à de um ordenamento constitucional. [...] O que resta evidente é que, se é possível proceder a um controle concreto e difuso das normas municipais em relação a lei orgânica, com efeito *inter partes*, a possibilidade de controle concentrado e abstrato nesses casos não é tese absolutamente insustentável. [...] Não há no sistema jurídico pátrio, no entanto, forma de proceder a esse efeito sena por meio do controle difuso, caso a caso.²⁵

De fato, ao longo deste estudo mostramos que existem “falhas” ou “ausências” na Constituição brasileira de 1988, em desfavor dos municípios. Dentre as ausências está o controle judicial direto de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição da República, perante o STF (CR/1988, Art. 102, I, 'a'). Mas isso não quer dizer que a Constituição do Município (denominada Lei Orgânica) ficará esquecida e diminuída, sem meios de controle de constitucionalidade, que venham compatibilizar as normas inferiores da localidade com suas regras e princípios. Atuando além das vias diretas de controle destinadas aos Tribunais, temos os juízes estaduais, soldados de frente das batalhas jurídicas afetas aos cidadãos e à sua “terra”. Todavia, atente-se bem, não basta o controle judicial *difuso* exercido nos autos dos processos em face (apenas) da Constituição Nacional. A eles (juízes estaduais) cabe a necessária missão de exercer o que denominamos controle *múltiplo e concomitante* de constitucionalidade: federal, estadual e/ou municipal, em face de leis e atos normativos municipais. É possível, no exame do caso concreto, que determinado ato normativo da localidade ofenda as Constituições dos *três níveis* da federação, bem como é possível que a norma local esteja viciada apenas em face da Constituição do Município (Lei Orgânica). Cabe ao magistrado atento, estudioso e diligente possuir as Leis Orgânicas das municipalidades inseridas na Comarca em que atua, para que possa conferi-las nos casos em que estejam envolvidos o Município e seus poderes constituídos.

4.2 O controle de constitucionalidade das normas locais poderia ser feito por Juízes Municipais?

É fato que *não* existe, atualmente, Poder Judiciário Municipal, em que pese a terem existido, por aqui, os magistrados municipais. Essa realidade histórica, aliás, é quase desconhecida e raramente pesquisada. Sobre sua história em nosso país, temos boas explicações e esclarecimentos em estudo específico publicado pelo ex. Des. Fed. do TRF da 4ª Reg., VLADIMIR PASSOS DE FREITAS:

Em 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código do Processo Criminal

²⁵ Obra citada. p. 401.

de primeira instância, com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Este diploma, nos artigos 32 a 35, tratou pela primeira vez dos juízes municipais. [...] A Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, reformou o Código de Processo Criminal e, nos artigos 13 a 21, dispôs sobre as atribuições dos juízes municipais, fortalecendo-as. Passou-se a exigir que fossem bacharéis em Direito e a nomeação passou a ser do Imperador. Atuavam por quatro anos, substituíam os juízes de Direito e passaram a ter suplentes. Atuavam também na área cível, com competência prevista nos artigos 114 a 116 do referido Código [...] A Constituição Republicana de 1891 não dispôs sobre os juízes municipais (arts. 55 a 62). Não havia menção nem à Justiça Estadual, porque se entendia que isso era matéria a ser tratada nas Constituições Estaduais.²⁶

Na verdade, quanto mais refletimos sobre nossos municípios como entes federados (CR/1988, Art. 1º), com autonomia política, administrativa, tributária e financeira, ou seja, possuindo basicamente as mesmas prerrogativas constitucionais da União, Estados e Distrito Federal (CR/1988, Art. 18), mais simpatizamos com a *tese* do retorno dos Juízes Municipais. Se eles, Juízes Municipais, existiram em nosso país, durante o Império, quando não éramos uma República e tampouco uma Federação, por que não agora, com os municípios possuindo *status* constitucional de entes federados? Isso sem dizer que os Juízes Municipais brasileiros existiram no Séc. XIX, quando nossos poucos núcleos urbanos (denominados *vilas*) possuíam problemas infinitamente menores, se comparados com os atuais, em cidades com *milhões* de habitantes.

Em outro estudo, defendemos o ressurgimento de tais cargos:

Não encontramos nenhum óbice constitucional e jurídico sobre a criação de tais cargos: Juízes Municipais. Ao longo desse estudo, por várias razões, defendemos os Municípios como os primeiros e verdadeiros atores do pacto federativo brasileiro. [...] Nessa linha de ação, não seria nenhum despropósito ou despautério, criar e instituir o Poder Judiciário Municipal. [...] O Poder Judiciário Municipal teria competências próprias, de Direito Público e Privado.²⁷

Preocupados com a revisão das decisões dos magistrados Municipais, escrevemos na seqüência:

Quanto ao duplo grau de jurisdição, garantia fundamental de revisão sobre as decisões do Poder Judiciário, poderia ser instituído, por exemplo, um ‘Tribunal Inter-Municipal’ para reexaminar as decisões. Esse Tribunal estaria mais próximo das partes e do ‘povo’, entre outras vantagens. Outra hipótese seria o reexame das decisões pelo Tribunal Estadual. Ora, as decisões dos Tribunais estaduais não são reexaminadas pelos Tribunais da União (STJ e STF)?²⁸

Felizmente, não estamos “pregando no deserto”. Existem muitos pensamentos favoráveis a essa realidade, como esse do Des. do TJSC, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR:

²⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. *Lição da história - juízes municipais podem solucionar lentidão da justiça*. <http://www.conjur.com.br/static/text/64235,1>. Acesso em 27/07/2008.

²⁷ MALUF, Aflaton Castanheira. *Representação Municipal na Federação Brasileira*. Franca; Lemos & Cruz, 2006, p. 192.

²⁸ Obra citada. p. 193.

Alguns projetos legislativos já começaram a dar o tom para definir as tintas desse novo quadro multicolor, inclusive em sede constitucional. A Proposta de Emenda Constitucional n. 233/04, apresentada em 29 de janeiro de 2004, de autoria do Deputado Federal Carlos Mota (PL/MG) e outros, formula nova redação ao *caput* do artigo 125 da Constituição Federal, obrigando o Poder Judiciário a estabelecer, pelo menos, uma vara em cada município, sob pena de incidência em crime de responsabilidade. [...] Em outros termos, a criação de um sistema judiciário municipalizado compreende a permanente presença jurisdicional em cada município não considerado ‘sede de comarca’.²⁹

Outros países do mundo, como a República de Angola, no Continente Africano, possuem tais cargos. A cidade Angolana de Huambo, por exemplo, com menos de cem mil habitantes, possui vários Juízes Municipais:

Três novos juizes municipais nomeados em Junho de 2006 foram hoje empossados nesta cidade, pelo juiz presidente do tribunal provincial do Huambo, José Chingongo. Durante o acto de empossamento dos juizes Filipe Muenhowsimbo, Remigio Chacamissa e Salomão Raimundo Culanda, o juiz presidente do tribunal provincial, fez saber que estes estarão provisoriamente colocados na sede enquanto se criam condições nos municípios. Com a nomeação e colocação destes três novos magistrados judiciais, a província do Huambo conta com dez juizes municipais, dos quais apenas dois estão já colocados no município da Caála, a 23 quilómetros da cidade do Huambo, para além de cinco juizes de direito (provinciais). Os outros oito trabalham provisoriamente nas três secções da sala dos crimes comuns do tribunal provincial, enquanto aguardam pela criação de condições para a instalação e funcionamento dos tribunais municipais já criados nos municípios de Bailundo, Cachiungo e dos tribunais municipais por criar, na sede do Huambo, no Ukuma, no Londuimbali e provavelmente no Longonjo.³⁰

Não temos dúvidas de que a criação (ou ressurgimento) dos Juízes Municipais, em nosso país, seria muito positiva e eficaz. Entendemos, inclusive, que o “Poder Judiciário Municipal” deve ser considerado como uma prerrogativa constitucional de nossos Municípios, posto que, vale repetir, eles são *entes federativos*, situação *singular* nos países do mundo. Por aqui, atualmente, no âmbito local, temos apenas os Juízes de Paz (CR/1988, Art. 98, II), que nada têm de Municipais. Além disso, nossos Juízes de Paz *não são* magistrados e tampouco possuem *competências jurisdicionais* (CR/1988, Art. 98, II).

Enfim, os magistrados das localidades acelerariam, e muito, a prestação jurisdicional. Naturalmente, teriam, como uma de suas áreas de atuação, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos locais, em face da Constituição do Município (Lei Orgânica). Em que pese à pertinência do assunto, paramos por aqui. Entendemos que esse tema deve ser aprofundado em estudo individualizado.

²⁹ FIGUEIRA Jr. Joel Dias; NETO, Fernando da Costa Tourinho. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*. 4.ed. São Paulo: RT, 2005, p. 57-58.

³⁰ *Empossados três novos juizes municipais*. <http://huambodigital.com/empossados-tres-novos-juizes-municipais/> Acesso em 31/07/2008.

5. RESPONSABILIDADES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS DOS AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS

Por serem relevantes e pertinentes ao tema, não podemos deixar de enumerar aqui as responsabilidades políticas e de administração pública afetas aos prefeitos e vereadores, juntamente com os demais agentes públicos das localidades. Fato inicial a ser dito é que tais responsabilidades são pressupostos básicos de qualquer República, conforme visto *supra*. Não há verdadeira República se não houver mecanismos céleres e eficazes de responsabilização dos *maus governantes*.

As Constituições Brasileiras sempre previram explicitamente, em seu texto, a figura denominada *crimes de responsabilidade*, cometidos exclusivamente por agentes políticos no exercício de seus mandatos. Nossa atual Constituição da República, como não poderia deixar de ser, também prevê esse tipo de ilícito: Arts. 52, I e II e 85. Muito embora seja utilizada a denominação “crimes de responsabilidade”, essa conotação traduz-se em responsabilidade política; nada tem de natureza *penal*. Para os *ilícitos penais* cometidos por agentes públicos, a Constituição da República atual (e as anteriores) utiliza a expressão “crimes comuns”: Arts. 86 e 102, I ‘b’ e ‘c’. Obviamente, temos também as responsabilidades *administrativas*, destinadas a qualquer agente público.

O primeiro fato de relevo a ser dito é que, entre nós, os agentes públicos são, *ao mesmo tempo*, políticos e administradores públicos. Isso quer dizer que “todas” as pessoas que estão investidas nos cargos políticos possuem atribuições políticas (e também) de gestão pública. Daí sua *dupla* responsabilização, conforme o caso, ou seja: política “e” administrativa.

Além da possibilidade de responsabilização *política, administrativa e penal* dos agentes públicos, temos, como *quarta espécie* do gênero, a responsabilidade *civil*. A primeira, é destinada somente aos agentes políticos, que serão “julgados” pelos Poderes Legislativos, no procedimento denominado “cassação do mandato” ou *impeachment*. As demais serão julgadas pelo Poder Judiciário.

Podemos dizer que em nosso País, seja em âmbito local, estadual ou federal, ocorrem muitas falhas no dia-a-dia da administração pública. Algumas delas são pequenas e sanáveis; outras tantas são insanáveis. Existem erros não propositais, em que o político encontrava-se de boa-fé; mas também existem muitas condutas administrativas negativas e conscientes. As ilegalidades e inconstitucionalidades, na administração pública, são mais comuns do que imaginamos.

Uma constante, especialmente nas pequenas municipalidades, é a falta de conhecimento adequado sobre os diversos assuntos da área pública. A arte de bem administrar, com devidos conhecimentos de gestão pública, são para poucos, dada sua complexidade. Mas existem regras constitucionais básicas em que as pessoas que laboram na área pública devem saber “de cabeça”, como, por exemplo, os princípios constitucionais expressos no Art. 37 *caput* da Constituição Brasileira de 1988.

Quando o agente público “sabe” o que esta fazendo, agindo conscientemente ao arrepio das normas e Constituições, com interesses pessoais e utilizando-se de manobras sub-reptícias para atingir seus interesses, entramos no terreno da *corrupção*.

Ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

Num sentido amplo, corrupção se aplica a um tipo não de homem mas de conduta, ou comportamento, Mais precisamente de conduta de autoridade pública. [...] Em sentido estrito, o termo se refere a *conduta de autoridade que exerce o Poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material.*³¹

Como estamos aqui na seara das responsabilidades político-administrativas dos agentes políticos, a *corrupção* deve ser tratada como maior *protagonista*.

Adverte MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

Não passa um dia no Brasil contemporâneo, sem que seja formulada uma acusação de corrupção. [...] Mas isso não ocorre apenas em nosso País. O mesmo se passa noutros, inclusive nos mais desenvolvidos: Japão, Holanda, França, Estados Unidos, Rússia etc. Ademais, a corrupção não é novidade. Ao contrário, como registra Noonan em seu interessante livro *Bribes*, desde a antiguidade ela está presente na vida dos povos, sob formas variadas mas persistentes. E isso também em toda parte, no Ocidente e no Oriente.³²

Normalmente, as condutas geradoras de *corrupção* envolvem várias pessoas, que se beneficiam direta ou indiretamente do ato maculado. Assim sendo, na prática, é comum uma benesse concedida ser do conhecimento do prefeito, do presidente da câmara e demais vereadores (mormente os da “situação”), além das suas respectivas assessorias. Não é incomum a formação de “quadrilhas”, com auxílio de várias pessoas, incluindo empresas de “fachada” ou até mesmo o envolvimento de ONGs – Organizações Não Governamentais – e OSCIPs – Organizações Sociais Cíveis de Interesse Público.

As assessorias dos agentes políticos, nesse *mister*, são normalmente acionadas, e, às vezes, até mesmo obrigadas (sob pena de perder a *função de confiança* ou *cargo em comissão*), para conceder o selo de “legalidade” à conduta *vil*. Citamos, como exemplo dos mais comuns, a elaboração de licitações superfaturadas, de “fachada”, com preços acordados previamente entre os licitantes. A razão maior dessa “manipulação” compreende os valores *a mais*, empenhados e pagos “legalmente”. Conseqüência: um percentual significativo será destinado ao próprio agente político (ou dividido entre várias pessoas).

Temos previsões nas Constituições Brasileira, Estaduais e Municipais sobre responsabilidade política (Constituição da República de 1988, Art. 85; citando como exemplos: Constituição Estadual de Minas Gerais de 1989, Art. 91; e Lei Orgânica do Município de Delta, de 1997, Arts. 86 e 87), bem como responsabilidade em face de improbidade administrativa (Constituição da República de 1988, Art. 37, § 4º; sendo esse dispositivo *repetido* ou *imitado* em Constituições Estaduais e Municipais) e moralidade administrativa (Constituição da República de 1988, Art. 5º, LXXIII – Ação Popular).

Os atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à probidade e à moralidade administrativa, bem como os atos ilegais (lesivos *ou não*) recebem *controle externo* através do

³¹ FERREIRA Fº. Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108-109.

³² Obra citada. p. 107.

Poder Judiciário. Assim como temos controle judicial constitucional de leis e atos normativos, em face das Constituições, torna-se necessário que existam controles sobre condutas abusivas, ou mesmo omissões, cometidas pelos agentes públicos.

Nosso sistema normativo possui *três leis básicas* para a concretização do controle judicial da Administração Pública: *primeiro*, a Lei de Ação Popular: Lei Federal nº 4.717/1965, que regulamenta o Art. 5º, LXXIII da Constituição da República. *Segundo*, a Lei de Ação Civil Pública: Lei Federal nº 7.347/1985, que regulamenta o Art. 129, III, da Constituição da República. E *terceiro*, a improbidade, expressa no § 4º do Art. 37, da Constituição Brasileira de 1988, que também está regulamentada por lei própria: Lei Federal nº 8.429/1992. São essas leis federais, atualmente, os instrumentos legais mais utilizados no combate aos “antigestores públicos”.

Explica EMERSON GARCIA:

No Brasil, como se sabe, a corrupção configura tão-somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção. Improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela.³³

As responsabilidades políticas previstas na Constituição Brasileira de 1988, Art. 29-A, foram introduzidas pela EC nº 25/2000, especificamente para Prefeitos (Art. 29-A, § 2º) e Presidentes das Câmaras Municipais (Art. 29-A, § 3º). Temos ainda o Decreto-Lei nº 201/1967, que dispõe sobre responsabilidades de Prefeitos e Vereadores. Esse diploma normativo trata, inclusive, dos casos de cassação do mandato (*impeachment*) dos agentes políticos das municipalidades. Além disso, as Constituições Municipais, em regra, colocam expressamente condutas geradoras de responsabilização política cometidas pelo Prefeito e Vereadores (*cf.* por exemplo, Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, de 1990, Arts. 109 a 111³⁴).

Ensina PAULO BROSSARD:

Uma vez que os municípios são entidades políticas e condutores ou agentes políticos os chefes de seu governo, semelhantes que são aos Governadores e Secretários de Estado, ao Presidente da República e respectivos Ministros, era natural que os Prefeitos estivessem sujeitos a responsabilidade análoga à estabelecida quanto àquelas autoridades. À responsabilidade política dos Prefeitos se relaciona, também, a noção de crime de responsabilidade, denominação que abrange tanto os crimes funcionais como as infrações políticas.³⁵

No plano das localidades, essa premissa é reforçada pela necessidade de cumprimento das normas pelos agentes políticos, em especial pelo chefe do executivo da municipalidade. Se ele, como chefe da administração pública local, não observa a Constituição do Município e demais leis, certamente desconhece ou ignora a importância de seu cargo. Com esse tipo de conduta, sem dúvida, o agente político local deverá ser responsabilizado por seus desvios,

³³ GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 51, n. 2, abr/jun. 2004, p. 17.

³⁴ http://www.cmbh.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2665&Itemid=351, acesso em 31/07/2008.

³⁵ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 117.



cometimento de falhas e omissões.

Defensor das localidades, diz PAULO FERNANDO SILVEIRA:

A ação das autoridades municipais, em defesa de lei que cuide somente de matéria de interesse local, é legítima e extremamente necessária, se quisermos ter uma democracia, dentro de um Estado de Direito. Ao município não é facultado dispor de parcela de seu poder político, sob pena de estar-se compactuando com o aumento do poder centralizado, caminho direto para a ditadura, de que a história brasileira, infelizmente, noticia com frequência.³⁶

A essa altura, queremos advertir: as condutas mais graves, em nossa visão, ocorrem pelo descumprimento das Constituições, tanto pelos políticos (gestores públicos) quanto pelos demais agentes públicos (servidores públicos em geral). O descumprimento, o descaso, o desconhecimento, em relação às Constituições, demonstram, sobretudo, despreparo do agente político para o cargo. Se o agente político não conhece e não segue (ou não quer seguir) as Constituições, deve então ser considerado um *pseudopolítico*, um *claudicante* administrador público. Não é merecedor do cargo eletivo que ocupa.

É moda comum na gestão pública o agente político pretender que as Constituições e as leis sigam suas vontades, quando deveria ser o contrário. Em outras palavras, não são as Constituições que devem seguir o agente político; é “ele” que deve segui-las. Mais ainda, deve “exigir” que os demais agentes públicos também o façam. Se o agente político não concordar, então primeiro deve buscar mudá-las, sendo possível. Como diz o Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM: “Como tal, o Prefeito não é subordinado a outra autoridade, apenas à lei. Acatará a lei e os mandados judiciais, como qualquer autoridade e qualquer pessoa”.³⁷

Quanto aos membros do Poder Legislativo Municipal (vereadores), o conhecimento das Constituições, especialmente do Município, deve ser o primeiro passo do mandatário. Ora, cabe exclusivamente ao Poder Legislativo a análise, a votação e a promulgação, através do *processo legislativo*, das mudanças no texto da Constituição Municipal. Isso sem dizer que as demais leis da municipalidade só possuem validade constitucional se forem compatíveis com a Constituição da localidade. Daí a importância de seu conhecimento pelos Vereadores.

Completa o magistrado mineiro JAIR EDUARDO SANTANA: “Sendo a Lei Maior na esfera do Município, a Lei Orgânica deve ser muito bem conhecida pelo Vereador, já que ela é seu material e ferramenta de trabalho no dia-a-dia”.³⁸

Aos agentes políticos das municipalidades, portanto, cabe a defesa das Constituições de seus respectivos Municípios. Muitos cumprem seus mandatos sem, sequer, abrir e consultar a Lei Orgânica de sua localidade. Intitulam-se políticos que sabem ganhar eleições, e isso, para eles, é o bastante. Não querem ser administradores públicos. Infelizmente, isso é mais comum do que se imagina. Já escrevemos:

Além disso, os governantes locais precisam ser melhores, em todos os

³⁶ Obra citada. p. 66.

³⁷ IBAM. *Manual do Prefeito*. 10. ed. Rio de Janeiro, 1996, p. 25.

³⁸ SANTANA, Jair Eduardo. *Tratado teórico e prático do Vereador*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 32.

sentidos. Assim, é requisito fundamental que o gestor público das localidades saiba otimizar os recursos econômicos. Além disso, deve possuir, juntamente com sua equipe, acurado tino de Administração, englobando nesse gênero constantes planejamentos, metas e diretrizes. Sem contar que ninguém deve ter medo de errar, assumir o erro e voltar atrás, corrigindo-o.³⁹

Vale lembrar que (a grande maioria parece esquecer-se), na ocasião da posse de seus cargos, todos os políticos federais, estaduais e municipais, do Executivo e Legislativo, obrigam-se a defender as Constituições. Portanto, todos os Prefeitos e Vereadores do país prestam obrigatório *compromisso público solene* (em *viva voz*) de respeitar e defender, no exercício dos mandatos, as Constituições Brasileira, estadual e de seu Município. Citamos como exemplo a Constituição do Município de Delta, MG, de 1997, Art. 81, § 1º:

Art. 81.

§ 1º. O Prefeito e o Vice-Prefeito tomarão posse em reunião da Câmara, prestando o seguinte compromisso:

“Prometo manter, defender e cumprir a Constituição da República, a Constituição do Estado de Minas Gerais e a Lei Orgânica do Município, observar as leis, promover o bem geral do povo deltense e exercer o meu cargo sob a inspiração do interesse público, da lealdade e da honra”.

Nosso País deve ser entendido da base para o centro, ou seja, caminhará melhor de acordo com as peculiaridades de cada região ou microrregião. Estamos querendo dizer que as atividades políticas e de gestão pública são vivenciadas, em primeiro plano, nas localidades. Os Municípios brasileiros, em *regra*, desconhecem sua “força constitucional”. Assim sendo, dentro do Estado Democrático de Direito e respeitando sempre os comandos constitucionais, quanto mais lastro for dado para as diversidades das localidades, melhor será seu desenvolvimento.

6. CONCLUSÕES

a) – A Federação Brasileira possui como entes do pacto federativo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Somados, formam a União Federal. Todos possuem *status* constitucional de entes federativos (CR/1988, Art. 1º e 18).

b) – Os meios de controle judiciais de constitucionalidade estão expressos na Constituição da República. Temos controle judicial de constitucionalidade diversificado, por meio de ações diretas ao STF e Tribunais de Justiça Estaduais (denominado controle abstrato) e/ou ações difusas, que são exercidas por qualquer Juiz ou Tribunal (denominado controle concreto).

c) – Os atos normativos municipais podem sofrer controle judicial de constitucionalidade por ofensa ou incompatibilidade com a Constituição da República ou a Constituição Estadual. Em face da Constituição da República, esse controle só pode ser difuso. O controle difuso ou concreto de constitucionalidade, normalmente inicia-se no Juízo de 1º grau, subindo, em grau de recurso, até o STF.

d) – Não é possível, atualmente, controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade

³⁹ MALUF, Aflaton Castanheira, *obra citada*, p. 85-86.

das normas municipais diretamente ao STF (CR/1988, Art. 101, I, 'a'). Esse controle de constitucionalidade somente ocorrerá em ação dirigida ao Tribunal de Justiça do respectivo Estado, e em face de incompatibilidade com a Constituição Estadual (CR/1988, Art. 125, § 2º).

e) – Com a regulamentação do Art. 102, § 1º, da Constituição da República de 1988, temos a possibilidade de ação direta ao STF sobre leis e atos normativos municipais violadores de *preceitos fundamentais*. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (Lei Federal nº 9882/1999).

f) – As Leis Orgânicas dos Municípios (e do Distrito Federal) são Constituições, formal e materialmente, através do que a doutrina especializada chama de *poder constituinte derivado decorrente*.

g) – A Constituição do Município (Lei Orgânica) deve ser observada nos controles judiciais de constitucionalidade, pois as leis e normas da localidade devem obediência a seus princípios e regras. Esse controle judicial de constitucionalidade somente poderá ser concreto e difuso, exercido, em regra, pelos Juízes Estaduais das Comarcas.

h) O Brasil já teve Juízes Municipais, no Império. Seu retorno seria desejável e até mesmo necessário, tendo em vista que o município brasileiro atualmente é um ente federativo, com o mesmo *status* dos Estados e do Distrito Federal (CR/1988, Art. 1º e 18). Existem países que possuem Juízes Municipais.

i) Os agentes públicos das municipalidades (notadamente os agentes políticos) devem ser responsabilizados pelos seus atos (ações ou omissões) ilegais e ilícitos. Isso é decorrência da República. A Constituição Brasileira e, em conseqüência, as Constituições Estaduais e Municipais expressam essas responsabilidades, regulamentadas por leis específicas.

j) – Aguarda-se, com ansiedade, Emenda Constitucional que venha incluir os Municípios como *legitimados ativos*, adicionando-se inciso 'X' no Art. 103 da Constituição da República de 1988, para o ingresso de ADINs e ADPFs diretamente no STF, desvinculando-se (no caso das ADPFs), do poder discricionário do Procurador Geral da República, estabelecido no art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

7. ABSTRACT:

In this work trying demonstrate the types of judicial control of constitutionality of the rules, with reference to its main impact on municipal laws and legislative acts. We constitutional and legal changes in judicial control of constitutionality, for the benefit of Brazilian municipalities. The premise of these changes is based on the constitutional status of federal entities, that the Brazilian municipalities have. As a result, the Organic Laws are Municipal Constitution and thus should be understood. Another reality is that effect the possibility of the existence of the Municipal Judges. Finally, there must be a proper responsibility of public officials for their acts.

Key-words: Constitution. Federation. Controls constitutionality. Municipalities. Municipal Organic Law. State Judges. Municipal Judges. Municipal Public Servants.

8. REFERÊNCIAS

ARNONI, Ramon Freitas *et alii*. 2 em 1. *Constituição Federal e Constituição do Estado de Minas Gerais*. Franca: Lemos & Cruz, 2005.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da justiça constitucional*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 53, n. 4, out/dez. 2004, p. 15-84.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 65, n. 4, out/dez. 2007, p. 20-50.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Por uma nova federação* (Coord.) São Paulo: RT, 1995.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários a Constituição do Brasil*. v.4, tomo III, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Improbidade administrativa municipal*. Belo Horizonte: Revista de direito municipal JN&C, ano II, n. 3, Janeiro/junho 2000, p. 27-40.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando *et alii*. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRETELLA Jr. José. *Comentários a Constituição 1988*. v. VI, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca *et alii*. *Controle jurisdicional de políticas públicas na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 66, n. 1, jan/mar. 2008, p. 53-66.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários a Constituição brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.
- FIGUEIRA Jr. Joel Dias; NETO, Fernando da Costa Tourinho. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*. 4.ed. São Paulo: RT, 2005.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *O poder constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado. Poder Judiciário: Uma visão internacional*. Belo Horizonte: Revista de Jurisprudência Mineira, ano 46, vol. 132/133, abr./set. de 1995, p. 01-15.
- _____. *Direito constitucional comparado*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Lição da história – juízes municipais podem solucionar lentidão na justiça*. http://www.conjur.com.br/static/text/64235_1. Revista **Consultor Jurídico**, 28 de

fevereiro de 2008, acesso em 27/07/2008.

GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 51, n. 2, abr/jun. 2004, p. 15-78.

GONÇALVES, Marcos Flávio (coord.) *Manual do prefeito*. 10.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1996.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9.ed. São Paulo: Método, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional. Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. *Pacto federativo* (Coord.) Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Poder municipal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MALUF, Aflaton Castanheira. *Representação municipal na federação brasileira*. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

_____. *Direitos humanos internacionais e nacionais*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, n. 1, v. 5, Agosto/2002, p. 129-141.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandando de segurança*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*. Brasília: Senado Federal, Revista de Informação Legislativa, ano 34, n. 134, abr/jun 1997, p. 11-39.

MORAES. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

REVISTA, Gabinete da; REGIÃO, Tribunal Regional Federal da 1ª. *A Constituição na visão dos tribunais*. 3.v. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SANTANA, Jair Eduardo. *Tratado teórico e prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Antônio Álvares. *Reforma do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias: Direito fundamental a informação e competência legislativa municipal*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, n. 11, Nov/ 2006, p. 51-78.

_____. *O poder judiciário e os direitos individuais – duas poderosas forças antimajoritárias*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, n. 12, Maio/2007, p. 47-71.

_____. *Devido processo legal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

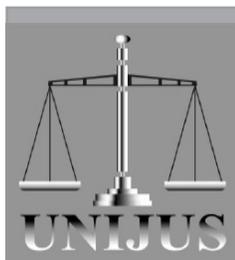
SIQUEIRA Jr. Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUTO, João Carlos. *A união federal e o controle da constitucionalidade*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, n. 1, 1998, p. 17-29.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006.



REPENSANDO O ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Cláudio da Silva Leiria¹

RESUMO:

No presente trabalho questiona-se a interpretação literal e acrítica do art. 236 do Código Eleitoral quanto à vedação às prisões. Inicialmente, mostram-se alguns inovadores posicionamentos doutrinários sobre o artigo mencionado (revogação, inconstitucionalidade, proibição de prisões cautelares somente para os crimes eleitorais, interpretação sobre o significado do verbo ‘prender’), para após demonstrar que com a utilização das chamadas decisões ou sentenças aditivas são possíveis as prisões cautelares em casos de crimes hediondos, roubo e crimes contra a vida, além daqueles casos já expressamente previstos no *caput* do art. 236 do Código Eleitoral.

Palavras-chave: Prisão. Eleitor. Proibição. Período eleitoral. Relativização.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Breve esboço histórico – 3. Releituras do art. 236 do Código Eleitoral: a) revogação e inconstitucionalidade; b) vedação à prisão somente para crimes eleitorais; c) cabimento de prisão provisória por ordem judicial; d) o significado do verbo ‘prender’ do *caput* do art. 236 do Código Eleitoral – 4. Visão crítica dos posicionamentos do item ‘3’ – 5. Colisão de direitos fundamentais – 6. Da necessidade da prisão cautelar para crimes hediondos e de roubo no prazo do art. 236 do CE além das hipóteses de flagrante, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto – 7. As decisões aditivas – 7.1. Rebatendo as críticas às decisões ou sentenças aditivas – 8. Conclusões articuladas – 9. *Abstract* – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As disposições do artigo 236 da Lei 4.767/65 (Código Eleitoral), ao proibirem a prisão de eleitor nos cinco dias que antecedem às eleições até 48 horas depois do seu encerramento (salvo em casos de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto), sempre causaram alguma perplexidade entre os juristas e o homem do povo.

Em tempo de eleições, sempre que um delito grave é cometido e o criminoso não pode ser preso por sua situação não se enquadrar nas exceções legais acima referidas, ergue-se um clamor popular de protesto contra a injustiça do texto legal.

Em 2005, por exemplo, na época do referendo sobre o comércio das armas de fogo também foi vedada a prisão de eleitores nos mesmos moldes do artigo 236 do Código Eleitoral. Escudando-se na benesse legal, amparado por um salvo-conduto, o advogado Peter Amaro de Sousa, um dos acusados de matar o Major da Polícia Militar Pedro Plochanski em janeiro de

¹ Promotor de Justiça no RS. E-mail: claudiroleiria@hotmail.com



2005, apresentou-se na 1ª Vara Criminal de Curitiba. O advogado, que então estava com a prisão preventiva decretada desde cinco meses antes, prestou depoimento e depois foi tranquilamente para casa.

Os magistrados em geral (incluindo-se especialmente os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral) aplicam literal e acriticamente as disposições do artigo 236 do Código Eleitoral (CE), não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nessa norma, nem vendo qualquer necessidade de compatibilizá-la com outros direitos protegidos constitucionalmente.

No presente trabalho, ainda que de forma sucinta, mostram-se outras interpretações do artigo 236 do CE, que vão da afirmação de sua revogação, inconstitucionalidade, até à proibição de prisões cautelares somente para os crimes previstos no Código Eleitoral.

Pretende-se demonstrar ainda que vedações à prisão de eleitores e candidatos nos prazos do artigo 236 do CE podem coexistir com o direito à segurança, desde que, por meio do uso da técnica de decisões ou sentenças aditivas, possa ser feita uma releitura constitucional das hipóteses de prisão do eleitor, com sua ampliação para abranger os crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, quando foi editado um Código Eleitoral. Em 1934 a Justiça Eleitoral teve sua existência formalizada na Constituição.

O Código Eleitoral de 1932, ao conceder o direito de voto às mulheres, reduzir para 18 anos a idade mínima para o indivíduo se alistar como eleitor e instituir o voto secreto, priorizou os ideais de representatividade e da busca da ‘verdade real’ nas eleições, até então marcadas pela prática constante de fraudes. Foi um autêntico rompimento com os desmandos do coronelismo e da prática do voto de cabresto.

Assim, ganhou muito o Brasil com a instituição da Justiça Eleitoral, pois a um Poder independente caberia fazer o alistamento, a apuração de votos e o reconhecimento e diplomação dos eleitos.

Na República Velha (1889-1930), as fraudes nas eleições eram costumeiras, com a utilização dos mecanismos do ‘bico de pena’ e da ‘degola’. Pelo primeiro, as mesas eleitorais (que também exerciam as funções apuradoras) inscreviam como eleitores pessoas fictícias, ausentes e mortas; pelo segundo, a Comissão de Verificação de Poderes cassava os diplomas dos eleitos considerados ‘inelegíveis ou incompatíveis com o exercício do cargo’, em atos de puro arbítrio.

Por sua vez, os ‘coronéis’ exerciam a sua influência por intermédio do voto de cabresto, determinando aos eleitores do interior os candidatos em quem deveriam votar; os ‘coronéis’ também tinham a seu serviço a polícia (cujo chefe nomeavam) e os ‘cabras’, que davam proteção contra os adversários e intimidavam eleitores.

Como uma das formas de garantia da liberdade de voto do eleitor, além do voto se-

creto, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076/32, de 24/02/1932) estabeleceu, como regra, a vedação da prisão em períodos imediatamente anteriores e posteriores ao dia de votação, nos seguintes termos:

Art. 98. Ficam assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

§ 1^a Ninguém pode impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio.

§ 2^a Nenhuma autoridade pode, desde cinco dias antes e até 24 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo flagrante delito. (negritos nossos)

[...]

§ 5^o Os membros das Mesas Receptoras, os fiscais de candidatos e os delegados de partido são invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo flagrante delito em crime inafiançável.

§ 6^o É proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública dentro do edifício em que funcione a Mesa Receptora ou nas suas imediações.

[...]

O Código Eleitoral de 1932 vedava a prisão de eleitor nos cinco dias antecedentes ao início da eleição até 24 horas após o seu encerramento, **salvo na única hipótese de flagrante delito.**

Os membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e os Delegados de partido só poderiam ser presos no ‘período eleitoral’ em flagrante delito por crime inafiançável.

Como a força pública, a mando dos coronéis, era frequentemente utilizada para intimidar o eleitor, a lei proibiu sua presença dentro do edifício em que funcionava a mesa receptora ou nas suas proximidades.

Esse Código Eleitoral não previa para o candidato proibição de prisão diversa da do eleitor comum.

A Lei nº 48, de 04/05/1935, que modificou o Código Eleitoral, assim dispunha sobre as garantias eleitorais (redação original):

Art. 165. Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar a exercício do sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até vinte e quatro horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delicto ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável; (negritos nossos)

[...]

5) os membros das mesas receptoras, os candidatos, os fiscaes de candidatos e os delegados de partidos serão inviolaveis durante o exercicio de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delicto;

6) é proibida, durante o acto eleitoral, a presença de força publica no

edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas imediações, observado o disposto no art. 128, § 5º;

7), 8), (9 e)10 [...]

Algumas alterações sensíveis foram introduzidas. Além da prisão em flagrante, tornou-se possível a prisão do eleitor no período eleitoral em razão de sentença criminal condenatória por crimes inafiançáveis. O legislador, sabiamente, já percebendo a insuficiência protetiva, viu-se na obrigação de incluir entre as exceções legais a possibilidade de prisão em razão de sentença condenatória por crime inafiançável.

Houve retração da garantia dos membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e Delegados de partido contra prisões no período eleitoral, passando-se a admitir prisão em flagrante até nos crimes afiançáveis.

A situação do candidato ficou inalterada em relação ao Código Eleitoral de 1932 no que tange à possibilidade de prisão no período eleitoral.

No período do Estado Novo (1937-1945), foram nomeados interventores para o Poder Executivo Estadual e Municipal e as Casas Legislativas foram dissolvidas, não havendo eleições no país. Foi extinta a Justiça Eleitoral

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 7.586, de 28-05-1945 (que restabeleceu a Justiça Eleitoral), assim se referia às garantias eleitorais:

Art. 108. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio;

2) **nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;** (negritos nossos)

[...]

5) os membros das mesas receptoras, os fiscais de candidatos ou os delegados de partidos são invioláveis, durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delito;

A única alteração de relevo em relação à legislação anterior foi o aumento do prazo de vedação de prisão após o encerramento da eleição – de 24 horas para 48 horas.

Após, por meio da Lei nº 1.164, de 24-07-1950 (Código Eleitoral), as garantias eleitorais foram assim vazadas:

Art. 129. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias de exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício de sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime ina-

fiançável; (negritos nossos)

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política mediante radio-difusão, comícios ou reuniões públicas;

4) os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício das suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde quinze dias antes da eleição; (negritos nossos)

[...]

A novidade introduzida foi em relação aos candidatos: a restrição à prisão foi ampliada para desde 15 dias antes do início da eleição, período em que ‘a eleição se decide’, ou seja, época em que as intenções de voto vão se firmando na mente do eleitor.

Posteriormente, sobreveio a edição da Lei nº 4.767/65 (atual Código Eleitoral), que no tocante à possibilidade de prisão no período eleitoral acrescentou a hipótese de desrespeito a salvo-conduto:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º. Os membros das Mesas Receptoras e os Fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

A proibição às prisões no período eleitoral – tirante as exceções legais – tem como uma de suas principais finalidades coibir abusos e evitar ‘armações’ que causem repercussões de tal monta que possam influenciar o eleitor ou colocar em dúvida, por interesse de partidos políticos, os resultados de uma eleição, como se verá mais adiante.

3. REL EITURAS DO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

A insatisfação dos juristas em geral com a rigidez do texto legal, inadequado para fazer frente às candentes necessidades de, em alguns casos durante o período eleitoral, decretarem-se prisões provisórias, vem paulatinamente obrigando os operadores do Direito a fazer novas leituras sobre o artigo 236 do Código Eleitoral, flexibilizando-o em atendimento ao direito constitucional à segurança e ao princípio da efetividade do processo.

Seguem-se alguns posicionamentos que vão desde a afirmação de inconstitucionalidade do artigo 236 do CE, sua revogação, até sua aplicabilidade restrita aos crimes eleitorais,

passando pelos enfoques de que a prisão por determinação de autoridade judicial no período eleitoral não é vedada pela norma em comento e de que é possível o cumprimento da ordem de prisão no período eleitoral, desde que decretada anteriormente a esse período.

a) Revogação e inconstitucionalidade

JOEL J. CÂNDIDO, eminente especialista em Direito Eleitoral, no plano doutrinário é uma das vozes que se levanta para afirmar a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral. E o faz nos seguintes termos:

Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI², da Constituição Federal, o art. 236 e § 1º, do Código Eleitoral, está revogado. Mesmo fora daqueles períodos, ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionadas na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição. (Joel Cândido, 2003, p. 303).

A Constituição brasileira, tão pródiga na concessão de direitos, não oporia qualquer óbice para que a prisão de eleitores se fizesse dentro do período citado no artigo 236 do CE.

Acolhendo-se essa idéia, forçoso seria também concluir que o artigo 298 do Código Eleitoral está revogado³.

Já na senda na inconstitucionalidade, argumenta-se que a vedação posta no artigo 236 do CE consagra verdadeira afronta ao princípio da isonomia, criando duas classes de cidadãos, uma sujeita às prisões cautelares no período do artigo 236 do CE e outra imune pela simples condição de ser eleitora.

Na visão dos críticos, o art. 236 da Lei nº 4.737/65 estaria criando um supercidadão, que no período especificado não poderia ser preso. O alistamento eleitoral e o direito de votar seriam os diferenciais. **A discriminação não se justificaria, até mesmo porque o não-alistado eleitor também tem participação política, influenciando outros com sua opinião, trabalhando para candidatos, cobrando realizações da classe política, etc.**

Cite-se outra possível situação que violaria o princípio da isonomia: dois indivíduos que praticaram o mesmo delito censurável, ostentando um a condição de eleitor e o outro não. O último poderá ser preso preventivamente no período do artigo 236 do CE enquanto o primeiro não, dada a sua condição de eleitor.

De outro vértice, poderia haver situações teratológicas com a aplicação irrestrita do art. 236 do CE. Por exemplo: um indivíduo eleitor que cometesse um delito de furto no período eleitoral poderia ter sua liberdade restringida pela prisão em flagrante (prisão provisória). Já um

² O inciso LXI do artigo 5º da CF/88 possui a seguinte redação: 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei'.

³ Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de Mesa Receptora, Fiscal, Delegado de partido ou candidato, com violação ao disposto no art. 236: Pena – reclusão até quatro anos.

narcotraficante, um estuproador ou um latrocidia, indivíduos socialmente muito mais perigosos e que cometeram delitos que causam grande clamor social, não poderiam ter a prisão preventiva ou a prisão temporária decretadas.

Isso não se poderia admitir, pois, como lembra CARLOS MAXIMILIANO, “*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*” (2005, p. 136).

Em comentário ao artigo 236 do CE, MARCOS RAMAYANA tece as seguintes e judiciosas considerações: “*Consagra o artigo legal evidente exagero, que não mais merece permanecer na ordem jurídica, pois os motivos que embasaram o legislador para a adoção da regra não prevalecem nos tempos atuais*” (2004, p. 353).

Importante referir que no Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei nº 7.573/2006⁴, de autoria do Deputado Fernando de Fabinho (PFL-BA), que propõe a revogação pura e simples do artigo 236 do Código Eleitoral. A redação do projeto é a seguinte:

PROJETO DE LEI Nº 7.573/2006

Revoga o art. 236 do Código Eleitoral.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei revoga o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição.

Art. 2º. Revogue-se o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na justificativa do projeto de lei, Sua Excelência faz as seguintes e judiciosas considerações, que certamente externam o pensamento de respeitável parcela da comunidade jurídica e do povo em geral:

[...] sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranqüilamente no período das eleições.

⁴ Projeto de lei pensado ao projeto de lei 3.735/2000, de autoria do Deputado Dr. Hélio (PDT-SP), que visa acrescentar, às ressalvas contra a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período compreendido entre os cinco dias anteriores e as quarenta e oito horas após o encerramento do pleito eleitoral, a hipótese de cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária competente, nos casos tipificados como crimes hediondos, assim definidos pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

b) Vedação à prisão somente para crimes eleitorais

Em interessante e instrutivo artigo publicado no Jornal Correio Braziliense de 30.09.2002 (Caderno Direito & Justiça), FRANCISCO RODRIGUES DA SILVA, membro do Poder Judiciário de Pernambuco, defende que a vedação à prisão de eleitor nos prazos do art. 236 da Lei nº 4.737/65 diz respeito exclusivamente aos processos por prática de crimes eleitorais propriamente ditos, excluindo-se as demais espécies de delitos:

Com efeito, para os crimes eleitorais, e somente para eles, não cabendo para os demais crimes, o Código Eleitoral pátrio, no intuito manifesto de assegurar e garantir o sufrágio universal, em prol da cidadania, que se reflete no direito de votar e ser votado e até mesmo para evitar as conhecidas ‘denúncias pré-fabricadas’, inclusive à instauração de ‘processos eleitoreiros’ contra adversários políticos nos períodos eleitorais, se antecipou, dizendo o seguinte:

Art. 236, § 1º [...].

Não nos esqueçamos, sob outro enfoque, que o Código Eleitoral adotou providências iminente (rápida, à época de sua edição) e eminente (de qualidade) com o objetivo de evitar prisões advindas de ‘queixas eleitorais temerárias’ e instauração de ‘processos forjados’ contra desafetos e adversários políticos no período considerado, por lei, como do pleito ou em razão dele.

Essa causa inteligente e legal, e nesse aspecto aplaudimos de público, de suspensão temporária da eficácia de mandado de prisão, prevista somente no Código de Ritualidade Eleitoral, nas hipóteses que não haja incompatibilidade com a Constituição Federal, se dirige à ordem de segregação processual a bem do rito eleitoral – não confundir com processo criminal eleitoral – por crime exclusivamente previsto nos artigos do Diploma Punitivo Eleitoral, jamais por crime de outra natureza (crime comum, federal, militar, tributário, econômico, de responsabilidade, etc.), previstos no Código Penal e leis especiais.

Nesse viés, se ninguém deve ser segregado ou levado à prisão por fato alheio, estranho, sem conexão ou continência com o fato-crime objeto de prisão previamente definido em lei como crime, é intuitivo também que ninguém mereça ser beneficiado por um privilégio dado a certa modalidade de crime. Trocando em miúdos, ninguém tem o direito de que seja suspensa ou sobrestada ordem de prisão por um crime comum, quando referido privilégio foi concedido tão-somente aos crimes eleitorais em benefício de procedimento eleitoral. Daí admitirmos, entretanto, que ordem judicial de prisão daquele período, de fato e de direito, deve ser sobrestada, porém unicamente por fato indigitado criminoso na órbita eleitoral, a bem dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania popular e a cidadania, não se cogitando em crimes de outras naturezas e diverso do pleito. (negritos nossos)

As assertivas do culto magistrado apontam, portanto, para a necessidade de utilizar-se da técnica de ‘interpretação conforme a Constituição’ para compatibilizar o art. 236 da Lei nº 4.737/65 com a Carta Magna.

Na técnica de interpretação conforme a Constituição, obter-se-ia uma única interpretação do art. 236 do Código Eleitoral, afastando-se as demais interpretações possíveis.

Segundo o magistério de GILMAR MENDES, na interpretação conforme a Constituição o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental. Essa forma de decisão possui flexibilidade, que permite renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica (2005, p. 287).

Não há se confundir essa técnica com a declaração de nulidade sem redução de texto, na qual os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário ficam impedidos de adotar determinadas interpretações, mas sem prejuízo das demais existentes.

Na interpretação conforme a Constituição, esclareça-se, o Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de patrocinar toda e qualquer interpretação diversa daquela encampada pela Corte Constitucional.

c) Cabimento de prisão provisória por ordem judicial

Em outro importante trabalho doutrinário⁵, no qual também é feita uma interpretação conforme a Constituição, GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO sustenta que o preceito do artigo 236 da Lei nº 4.737/65 visa, em razão da importância de um pleito eleitoral para a Nação, evitar embaraços ilícitos ao exercício de voto. No entanto, fundado o impedimento em ordem judicial ou inquérito policial, em sede de segregação cautelar, não há como considerar tal circunstância um óbice ilícito ao exercício do sufrágio.

Prossegue o autor dizendo que

[...] não haverá, no ato de custódia, qualquer desvio ou abuso de poder de autoridade contrário a liberdade de voto (artigo 237 do C.E.). Haverá, sim, a ação da autoridade em prol da sociedade visando a responsabilização eficaz do cidadão pela prática de delito, com sua segregação por força de permissivo judicial evidenciando não estar ele apto a permanecer livre.

Concluindo, afirma que seu posicionamento é no sentido de

[...] que a ordem de prisão passada por autoridade judiciária competente, seja de cunho definitivo, seja de cunho cautelar, não pode ser entendida como óbice a legítimo exercício de sufrágio, nem abuso de poder em desfavor da liberdade do voto, podendo ser cumprida mesmo no lapso estipulado no artigo 236 da Lei Eleitoral.

Essa linha de idéias desafia novamente a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. O enfoque dado pelo autor sugere que a vedação à prisão nos prazos do art. 236 do CE diz respeito, tão-somente, aos embaraços ilícitos para o exercício do sufrágio, e não à normal atividade jurisdicional de decretação de prisões, sejam elas cautelares ou definitivas.

d) O significado do verbo ‘prender’ no caput do art. 236 do Código Eleitoral

Finalmente, é de serem feitas algumas considerações sobre o significado do verbo ‘prender’, contido no caput do artigo 236 do CE.

⁵ ‘A prisão de eleitores nas vésperas da eleição’, publicado no Boletim IBCCRIM nº 20 – setembro de 1994.

Autores há que sustentam que a prisão de um acusado possui dois momentos distintos: a decretação e a execução do comando judicial.

Segundo PAULO GUIMARÃES, especialista em Direito Eleitoral:

Quando o Código Eleitoral afirma que nenhuma autoridade pode ‘prender’ candidatos em um determinado período, ele se refere à decretação, e não ao ato físico de prender’. Assim, se a prisão foi decretada antes do período previsto no artigo 236 do CE, é válida e pode ser executada a qualquer momento, até que sobrevenha ordem judicial em sentido contrário.

4. VISÃO CRÍTICA DOS POSICIONAMENTOS DO ITEM ‘3’

Em que pese respeitáveis os quatro posicionamentos acima mencionados, crê-se não ser possível fazer interpretações tão restritivas do artigo 236 do CE, ou, ainda, considerá-lo revogado ou simplesmente inconstitucional. Salvo melhor juízo, a garantia do direito ao voto e o direito à segurança não só podem como devem coexistir no nosso ordenamento jurídico. As propostas hermenêuticas vistas no item ‘3’ esvaziam de maneira significativa a garantia do direito ao voto editada pelo legislador positivo.

RUI STOCCO e LEANDRO DE OLIVEIRA STOCCO não compartilham do entendimento que o art. 236 do CE estaria revogado. Sustentam esses autores que:

[...] o só fato do advento da Constituição Federal e do disposto no seu art. 5º, inciso LXI não tem o condão de impedir que a lei específica (Cód. Eleitoral) estabeleça regras de exceção e de validade temporária para o período eleitoral, voltadas à proteção e regularidade do pleito e para assegurar o direito constitucional do exercício da cidadania através da manifestação da vontade, expressada através do voto. Aliás, este Código Eleitoral foi posto a lume quando vigorava uma outra Constituição, que já previa a possibilidade de prisão com as garantias que especificava e nas hipóteses previstas em lei infraconstitucional, cuja sede principal é o Código de Processo Penal (p. 751).

A época de eleições (independentemente dos cargos em disputa), pelas suas características específicas e grandes transformações, que dizem respeito à própria organização do Estado, é um período de exceção. E nesse período de exceção deve ter primazia a legislação eleitoral.

São vários os motivos que ainda justificam, embora com alguns temperamentos, a garantia prevista no artigo 236 do Código Eleitoral. Mencionar-se-á alguns.

1) especialmente nas eleições municipais, é assaz comum os candidatos aos cargos eletivos majoritários ou proporcionais se elegerem por escassa margem de votos, que algumas vezes não chega a uma dezena. Candidatos nas eleições proporcionais perdem eleições ou tornam-se suplentes por um ou dois votos. Nas últimas eleições municipais (2004), candidatos foram eleitos com apenas dois ou três votos de vantagem sobre seus adversários⁶. Em outros casos, candidatos à vereança obtiveram o mesmo número de votos, tendo a ocupação do cargo

⁶ Nas eleições municipais de 2004, por exemplo, Darci Savegnago (PT) elegeu-se Prefeito de Taquarucu do Sul/RS, com 999 votos, enquanto seu concorrente, Vanderlei Zanatta (PMDB), fez 996 votos.

eletivo de ser decidida por critérios de desempate⁷. Nessas situações, vê-se bem que a prisão de um ou dois eleitores do candidato que se sagrou vencedor, feita no período do art. 236 do CE, poderia inverter completamente o resultado das eleições, fraudando-se, assim, a vontade popular.

2) A prisão de candidatos e fiscais e Delegados de partidos ou coligações, especialmente após o término da votação, poderia ensejar fraudes nas eleições por falta de fiscalização na apuração de votos.

Antes do advento das urnas eletrônicas, a apuração dos votos era feita manualmente, com anotações em planilhas, e sujeita a vários erros, de forma que uma fiscalização intensa dos partidos era primordial para que não houvesse distorção da vontade popular externada nas urnas.

Claro que hoje, em razão da utilização das urnas eletrônicas, as apurações dos votos não se estendem por vários dias, como antigamente, e as chances de fraudes e erros diminuiram bastante, mas nem por isso a fiscalização deve ser negligenciada, pois é fator de legitimação do pleito.

FÁVILA RIBEIRO faz as seguintes observações ao comentar o § 1º do art. 236 do Código Eleitoral:

Enquanto para os mesários e fiscais de partidos não houve cronometração de tempo, em relação aos candidatos recua essa garantia aos 15 dias que precedem as eleições. Para os mesários, o lapso de tempo pode ser mais dilatado se for cometido à própria mesa receptora o encargo de proceder também à contagem de votos, nos termos dos arts. 188-189 do Código Eleitoral. Se houver essa distensão funcional, persistirão em atividade os mesários, ficando ainda amparados pela garantia até o completo encerramento dos trabalhos.

No tocante aos fiscais, para os que devam atuar exclusivamente nas atividades pertinentes à votação, logo após a sua realização ficam desprovidos da garantia eleitoral. **Para os que estejam no desempenho de atividade de fiscalização na fase de apuração é compreensível que se dilate a garantia até que se concluem os trabalhos de apuração da circunscrição em que estejam participando. Quanto aos candidatos retrocede a proteção legal a 15 dias antecedentes ao pleito, e deve manter-se eficaz enquanto estiver pendente a apuração para que tenham ensejo de assistir e participar de todos os trabalhos em resguardo de seus interesses e da própria mecânica representativa.** (2000, pp. 417-418). (negritos nossos)

3) Outro motivo para vedar a prisão no período eleitoral foi evitar o abuso da força policial para intimidar o eleitor. Era comum (e ainda é), especialmente nas pequenas comunas, uma espécie de subordinação da polícia aos poderosos locais. Policiais eram facilmente cooptados pelos ‘coronéis’ locais e atuavam a seu serviço, intimando eleitores com ameaças de prisão para que votassem ou deixassem de votar em determinados candidatos. **Muitas vezes a prisão era feita em caráter de represália, imediatamente após a eleição, motivo também para que**

⁷ Por exemplo, em Sarzedo (MG), Expedito João Bernardo (Pastor Expedito) e Marlene Ribeiro (Marlene do Sítio), ambos candidatos a Vereador pelo PDT, fizeram 151 votos, elegendo-se o primeiro por ser o mais idoso.

a garantia eleitoral fosse estendida para até 48 horas após o encerramento da votação.

Oportuno lembrar que até o advento do Código Eleitoral de 1932 não havia, na prática, o voto secreto, de forma que era fácil os chefes locais saberem em quem determinados eleitores votaram.⁸

É de bom alvitre ressaltar que os membros do Poder Judiciário também eram muito sujeitos às influências dos chefes políticos locais, nem sempre exercendo os juízes suas funções com a isenção necessária⁹.

4) A vedação à prisão antes e depois da eleição também foi positivada para evitar acirramento de ânimos, especialmente nas pequenas comunas. Sabe-se que eleição é paixão, e as pessoas muitas vezes perdem o senso de medida em época eleitoral. A prisão de eleitor no período eleitoral pode dar ensejo a vinganças contra partidários de agremiação oposta, principalmente quando se acredita que eles de alguma forma contribuíram para a prisão. Conturba-se, assim, o ambiente eleitoral, o que faz com que muitos eleitores sequer compareçam às urnas, tudo para preservar a integridade física e, às vezes, a própria vida.

Em todas as eleições, o TSE tem de autorizar o envio de tropas do Exército para garantir a tranqüilidade do pleito em alguns lugares do país.

Em 2002, justificando o envio de tropas federais para as eleições do Distrito Federal, o então Vice-Presidente do TSE, Sepúlveda Pertence afirmou: “A possível briga entre as duas torcidas, a situação delicada, as notícias e os boatos recentes foram importantes na hora de decidir¹⁰.”

Ainda, forças policiais são reforçadas em muitas cidades face ao periclitarem da segurança pública por razões de disputas eleitorais.

5) prisões provisórias indevidamente decretadas no período eleitoral poderiam influenciar o resultado das eleições. Pense-se no impacto que poderia ter perante o eleitorado a prisão de um candidato a cargo eletivo às vésperas da eleição. Poderia significar uma derrota certa e redução significativa de votos para os demais candidatos de seu partido ou coligação, mediante maliciosa e demagógica exploração do fato pelo partido adversário. O mesmo se diga de prisão de influente cabo eleitoral.

6) a vedação à prisão no período eleitoral também contribuiu para que o resultado das eleições não seja posto em dúvida. É importante fator de legitimação do pleito. Uma eleição tumultuada, com um grande número de prisões no período, algumas de impacto devido à notoriedade do preso, podem fazer a população acreditar em manipulação e resultados viciados.

⁸ Para se ter uma boa visão do poder dos chefes locais em determinar o voto dos eleitores de alguma forma subordinados à sua ‘autoridade’, imperdível a leitura da obra ‘Coronelismo, enxada e voto’, de Victor Nunes Leal.

⁹ Não caia no olvido, por exemplo, que mais recentemente na nossa história o **Ato Institucional nº 5, de 1968**, conferiu ao Chefe do Poder Executivo Federal poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados, sendo **suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade**. Sem a garantia da inamovibilidade, se um magistrado proferir uma decisão que vá contra os interesses de um Chefe do Executivo, por manobras políticas poderia ser transferido para uma Comarca distante.

¹⁰ Correio Braziliense, 27 de outubro de 2002.

Considerando tais motivos, o entendimento dos doutrinadores referidos no item '3' reduz muito a garantia eleitoral da vedação à prisão, tão necessária ao efetivo exercício da cidadania.

Como ensina GILMAR MENDES,

[...] as decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador (2005, p. 290).

Cabe, então, uma indagação. Haverá situações em que as prisões preventivas e temporárias poderão ser decretadas no prazo do artigo 236 do Código Eleitoral? As garantias eleitorais do direito ao voto prevalecerão sempre quando em confronto com outros direitos fundamentais? Haverá forma de compatibilizá-los?

5. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais não são inotocáveis e absolutos. Como o homem vive em sociedade, estando em contato permanente com seu semelhante - que também goza de direitos e garantias -, natural que surjam situações de conflitos e choques entre esses direitos.

Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja, ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto.

No tema que se trata, evidencia-se uma colisão entre direitos da coletividade (segurança pública, manutenção da ordem pública, efetividade do processo penal) e o direito do particular ao voto.

Respeitados os entendimentos em sentido contrário, em determinadas situações é de se permitir a decretação de prisões cautelares (temporárias e provisórias) nos prazos do art. 236 do Código Eleitoral, sacrificando-se parcialmente o direito individual.

Um exemplo em que a segregação cautelar se faz necessária, em detrimento do direito de voto, ocorre quando o acusado está ameaçando ou aliciando as testemunhas de um processo criminal. Se atingir o seu intento, a persecução penal (de interesse de toda a sociedade) restará prejudicada e a impunidade será alcançada.

A possibilidade iminente de fuga de um acusado de crime também é motivo suficiente para que, em certos casos, se possa relativizar a regra de proibição à prisão no prazo do art. 236 do CE. O mesmo se diga de crimes que abalam a ordem pública, seja pela grande repercussão do fato ou pela extrema periculosidade do agente.

Indaga-se: um atentado contra vida de policial civil ou militar em serviço não causa abalo à ordem pública? Os vários atentados cometidos por membros do PCC (organização criminosa Primeiro Comando da Capital) contra as forças policiais, em sendo realizados dentro do período eleitoral, não justificariam uma prisão cautelar, presentes os pressupostos para sua

decretação?

Por evidente, os fatos acima narrados ensejariam o sacrifício do direito individual, até mesmo porque é preciso preservar a credibilidade da justiça perante os jurisdicionados. A população – com inteira razão – não entende que em casos como esses a prisão não possa ser decretada. A aceitação acrítica do dispositivo legal permitiria, por exemplo, que acusado não sentenciado, mas foragido, pudesse aparecer livremente na cidade, em franco escárnio ao sistema de justiça, minando sua credibilidade e corroendo a confiança do povo nas instituições.

Em uma sociedade complexa como a nossa, é cada vez maior a tensão entre os direitos fundamentais do indivíduo e os de interesse da sociedade como um todo: direito à segurança, efetividade do processo judicial, etc. Nestes casos, a Constituição implicitamente autoriza que o legislador e o Poder Judiciário façam restrições aos direitos fundamentais, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Pelo referido princípio, quando dois princípios entram em rota de colisão porque a aplicação de um provoca redução da esfera de aplicação de outro, cabe-se determinar se essa redução é proporcional, à vista da importância do princípio atingido. Em certos casos, indubitavelmente, sobrelevar-se-á o direito fundamental à segurança.

Ora, toda pessoa que se encontre no território do país tem direito à segurança, cabendo ao poder público promover este direito, garantindo à população o direito de ir e vir, de se estabelecer com tranquilidade, de ter sua intimidade preservada, sem que sua integridade física, moral ou psicológica seja colocada em risco.

Nas condições históricas em que vivemos, a garantia do direito ao voto deve ser relativizada em prol do direito à segurança, de que é titular a coletividade inteira e não somente alguns indivíduos. O direito ao voto pode ser compatibilizado com o direito à segurança, bastando que o Estado crie meios para que o preso provisório possa ser conduzido a local de votação no dia do pleito eleitoral.

O que não pode acontecer é ingenuamente fechar-se os olhos para a onda de violência que assola o país (fomentada pela frouxidão das leis penais) e endeusar-se os que cometem delitos graves, a ponto de lhes blindar contra prisões preventivas e temporárias nos prazos do artigo 236 do Código Eleitoral. É preciosa a lição de SCALQUETTE:

É incontestável que a proteção dos direitos fundamentais é meio para assegurar a liberdade e dignidades humanas, mas, como vimos, por vezes, esses direitos têm que ser limitados face as situações em que o bem comum exige sacrifícios individuais para garantia da ordem pública, **pois acima dos interesses individuais está o interesse da coletividade e garantir o respeito aos direitos e liberdades não pode ser entendido como pretexto para que a desordem e a instabilidade pública se instaurem** (2004, p. 173). (negritos nossos)

Assim, é de se advogar a possibilidade de prisão provisória em ‘situações-limite’, tais como nos casos de roubo, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, como se passará a ver.

6. DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA CRIMES HEDIONDOS E DE ROUBO NO PRAZO DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL ALÉM DAS HIPÓTESES DE FLAGRANTE, SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME INAFIANÇÁVEL E DESRESPEITO A SALVO-CONDUTO

Em linhas gerais, pode-se dizer que crimes hediondos são aqueles que se mostram repugnantes, sórdidos, asquerosos, horrendos, seja pela sua gravidade objetiva ou por seus meios de execução.

Em razão disso, a própria Constituição Federal estabeleceu regime mais rigoroso no trato com esses crimes, considerando-os inafiançáveis e vedando a graça e a anistia.

O legislador infraconstitucional não formulou um conceito de crime hediondo, preferindo aplicar o 'rótulo' hediondo a alguns delitos descritos no Código Penal e em leis especiais. Por expressa disposição constitucional (art. 5º, LXIII), equiparou-se a hediondos os crimes de tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins¹¹.

A Lei nº 8.072/90, afinada com o rigorismo exigido pela Constituição, estabeleceu outras restrições, tais como a proibição de concessão de indulto e liberdade provisória; maior tempo de cumprimento de pena (2/3) para concessão de livramento condicional; aumento dos prazos de prisão temporária para os crimes hediondos, etc.

Como magistralmente exposto por VOLNEI CORRÊA LEITE DE MORAES JÚNIOR:

[...] a instituição da categoria dos crimes hediondos, claramente não traduzindo um direito, certamente é uma **garantia** dos direitos fundamentais – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade' (art. 5º, *caput*).

Conseqüentemente, os inimigos da Lei dos Crimes Hediondos são inimigos dos direitos fundamentais, que aquela **garantia** resguarda, são inimigos do garantismo constitucional, são inimigos da Constituição-Cidadã. Significa dizer: são hipócritas, porque vivem a proclamar juras de amor ao garantismo, quando na verdade desejam ver abolida uma das mais eficazes garantias dos Direitos Humanos (2003, p. VIII). (negritos nossos)

Já o delito de roubo, seja na forma simples ou qualificada, é um dos mais levam pânico à população. O cidadão de bem é 'atormentado' pelos assaltantes no recesso de seu lar, nos seus locais de trabalho, lazer e estudo. Em conseqüência, o cidadão restringe ao máximo as suas atividades sociais, deixando de frequentar determinados lugares ou só os frequentado em

¹¹ A teor do art. 1º da Lei nº 8.072/90, são considerados hediondos os seguintes crimes capitulados no Código Penal: I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º); V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A (Vetado); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677 de 2 de julho de 1998).

No parágrafo único do art. 1º da Lei 8.072/90 é prescrito que também se considera hediondo o crime de genocídio, consumado ou tentado.

horários que considera menos arriscado.

A lição ainda é de VOLNEY CORRÊA JÚNIOR: “*não há nada mais dramaticamente objetivo, mais pungentemente concreto, mais tragicamente real que a teia de pavor no qual os cidadãos pacatos se vêem envolvidos pelos ladrões violentos*” (p. 24).

Já os crimes dolosos contra a vida representam as interdições máximas da convivência em sociedade, pois lesam o mais importante dos direitos fundamentais; com efeito, estar vivo é a condição para o exercício de qualquer direito.

Propugna-se aqui, então, que além das exceções previstas no artigo 236 do CE, possa haver a prisão cautelar de eleitor nos casos de cometimento de crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida e roubo.

Resta evidente que pela sua distinta natureza, os crimes hediondos, dolosos contra a vida e o roubo merecem tratamento diferenciado dos demais crimes. E tanto é assim que esses delitos normalmente têm penas elevadas.

A prisão provisória por esses delitos impedirá que seus autores fiquem livres durante o prazo do art. 236 do CE, evitando-se a evasão dos criminosos, a intimidação de testemunhas e a prática de novos crimes, protegendo-se, assim, a sociedade.

E, indaga-se, por que meios, no prazo previsto no artigo 236 do CE, além das exceções expressas, se estenderá a prisão provisória aos eleitores que cometeram crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida e roubo? A resposta pode estar na utilização das chamadas sentenças ou decisões aditivas.

7. AS DECISÕES ADITIVAS

Em profícuo artigo, CELSO RIBEIRO BASTOS¹² teceu as seguintes considerações sobre as mais recentes técnicas de interpretação constitucional:

Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. No segundo pós-guerra o que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. **Procura-se buscar até mesmo naquelas normas que à primeira vista só parecem comportar interpretações inconstitucionais - através da ingerência da Corte Suprema alargando ou restringindo o seu sentido - uma interpretação que a coadune com a Carta Magna. Vale dizer que nas tradicionais formas de interpretação constitucional apenas se levantavam todas as possíveis interpretações e confrontavam-se com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições.** (negritos nossos)

¹² As modernas formas de interpretação constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 05 jan. 2007.

É nesse quadro que se inserem as sentenças ou decisões aditivas.

Sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida **com o acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição**.

Conforme a lição de EDÍLSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (p. 121):

Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, **criativamente**, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental. **A sua ocorrência coincide com as hipóteses em que o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais.** (negritos nossos)

Assim, a inconstitucionalidade não estaria no conteúdo do que a regra jurídica prescreve, mas, ao contrário, no fato de a norma não prescrever aquilo que a Constituição exige.

Segundo JORGE MIRANDA,

Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que ela não preceitua; ou, em outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando modifica) esse elemento que falta. (2002, p. 514).

Dito em outras palavras: há possibilidade de sentenças aditivas quando uma norma apresenta carga normativa inferior à que constitucionalmente deveria possuir. Há uma autêntica inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. Os órgãos jurisdicionais, nesse caso, reputam inconstitucional a norma na parte em que não prevê determinada regulamentação. **A sentença aditiva introduz no ordenamento o conteúdo normativo faltante.**

No caso do art. 236 do CE, a ele deveriam ser ‘adicionadas’ as hipóteses de prisões preventivas por roubos, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, de forma a fazer sua concordância com o mandamento constitucional do direito à segurança.

Em síntese: o artigo 236 do Código Eleitoral somente pode ser ‘salvo’ de uma declaração de inconstitucionalidade com o uso da técnica de sentença aditiva. Para tanto, deve-se: a) agregar-se às exceções à prisão referidas no citado artigo as hipóteses de prisão cautelar por cometimento de crimes contra a vida, roubo e crimes hediondos; b) estender-se aos candidatos a possibilidade de prisão em virtude de **sentença condenatória transitada em julgado**.

Não são apenas os tribunais que podem se valer da técnica de decisões ou sentenças aditivas, podendo fazê-lo qualquer Órgão do Poder Judiciário, pois exercem jurisdição constitucional.

A prisão provisória no período eleitoral para os que cometem crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubos também prestaria homenagem ao princípio da isonomia. Com efeito, se cabível prisão em casos de flagrante e sentença condenatória sem trânsito em julgado para indivíduos que praticaram crimes de menor gravidade, com mais razão ainda deverá se dar a segregação provisória nos crimes de maior gravidade, só que na forma de prisões temporárias ou preventivas.

Qualquer valor constitucional pode ser priorizado em uma sentença aditiva, inclusive – e especialmente – o direito à segurança.

7.1 Rebatendo as críticas às decisões ou sentenças aditivas

De plano já se nota que a principal crítica que os doutrinadores fazem à utilização das decisões ou sentenças aditivas é que estas se constituíam em uma inadmissível usurpação da função legislativa por parte dos Órgãos do Poder Judiciário.

Entretanto, é de se ressaltar que nas sentenças aditivas os órgãos judicantes não criam livremente a norma jurídica, à semelhança do que faz o legislador, mas apenas ‘descobrem’, especificam, aquela já existente implicitamente no ordenamento jurídico ou passível de extração dos comandos constitucionais, a fim de preencher um ‘vazio’ constitucional.

Apropriado, nesse passo, menção às lições de EDÍLSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR quando trata do tema:

[...] não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas lições em exame, além de efeito indireto de declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, **mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.**

Perfila o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória [...] (negritos nossos).

Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário (cf. PUGIOTTO, 1992, p. 3674-3679), segundo o qual o objeto principal da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a patrocinar a exclusão não consentida constitucionalmente.

[...]

Retomando o ponto: nas sentenças aditivas, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, mas somente o complemento da norma existente, a partir de solução já constante no ordenamento jurídico, cuja descoberta se deu pelo trabalho do hermenêuta. Aqui, não há confundir atividade de criação jurídica com atividade legislativa.

Destaca RUI MEDEIROS¹³ que:

Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional

¹³ Citado em trecho do voto do Ministro do STF, Gilmar Mendes, no julgamento do MI 670-9/ES.

e se contente em pedir aos juízes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, **numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa *ex nihil*, verificando-se tão-somente a extração de um *quid iuris* já presente — de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador — no ordenamento.** Nesta perspectiva, o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que << não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador>>. <<O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (*verba legis*), está já presente, e *in modo obbligante*, no próprio sistema>>. (negritos nossos)

Enfocando o assunto sob um outro ângulo, não se pode deixar de perceber que o Poder Judiciário atua como uma espécie de ‘Delegado’ do Poder Constituinte originário para fazer a defesa da Constituição. Assim, um certo ativismo judicial, mais do que desejável, é indispensável para a efetivação dos direitos, postergada pela inércia legislativa.

É dever do magistrado, ante a omissão legislativa, valer-se da Constituição para dar efetividade ao direito em risco de perecimento ou de drástica redução de efetividade.

Uma Constituição possui cláusulas gerais, abertas, e conceitos de valores tais como igualdade, dignidade, segurança, etc., o que inevitavelmente deixa ao intérprete uma vasta gama de deliberações possíveis.

Como se pode razoavelmente concluir, um dos objetivos buscados pela norma veiculada no artigo 236 do Código Eleitoral foi evitar que os órgãos judiciais decretassem prisões cautelares resultantes de elementos precários ou infundados, motivadas por perseguição política, e que pudessem resultar em sério gravame eleitoral.

Em um determinado momento histórico, preferiu o legislador, no conflito entre o direito à segurança pública e o direito ao voto, privilegiar o último.

No entanto, houve sensível modificação das condições históricas, **o que não pode deixar de influir na interpretação dos textos legais.**

O Brasil de hoje não é mais aquela sociedade agrária e atrasada socialmente da década de 30, momento em que surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico a proibição de prisão de eleitores durante o período eleitoral.

De outro vértice, o quadro da violência é absolutamente diferente daquele em que a proibição das prisões cautelares no período eleitoral foi gestado. A violência explode no país. Todo dia os meios de comunicação social noticiam crimes contra a vida cometidos de forma bárbara, estupro, roubos praticados por quadrilhas, tráfico de drogas, latrocínios, etc. Assim, a interpretação tradicional do art. 236 do CE, além de beneficiar os autores dos delitos mencionados, mina de forma perigosa a credibilidade do sistema de justiça, que fica impotente para dar uma resposta à sociedade no período eleitoral.

A jurisprudência tem como uma de suas missões ‘atualizar’ o texto legal defasado pelo tempo, garantindo-lhe ‘sobrevivência’ e aplicação até que alterações legislativas se processem.

E combata-se, desde logo, a afirmação de que ao estenderem-se as hipóteses permis-

sivas de prisão durante o prazo do art. 236 do CE estar-se-ia violando o princípio da legalidade ou fazendo-se analogia *in malam partem*. Inexiste analogia *in malam partem* contra ou em relação à Constituição.

Uma constatação óbvia: o Direito não pode ser isolado do ambiente em que vigora. **E não se pode olvidar, também, que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dá o sentido pelo qual a lei deve ser interpretada: de acordo com os fins sociais a que ela se dirige e com as exigências do bem comum.**

Como ensina de forma lapidar MARIA HELENA DINIZ:

Na falta de definição legal do termo ‘fim social’ o intérprete aplicador em cada caso sub judice deverá averiguar se a norma a aplicar atende à **finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos**. O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc. [...].Conseqüentemente, fácil será perceber que comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma. (1997, p. 163-164). (negritos nossos)

Não se perca de vista também que, se de um lado o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso – *Übermassverbot*), **esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente** (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot*).

Situação deveras perigosa ao interesse social é a aceitação literal e acrítica do comando normativo albergado pelo artigo 236 do CE por parte da comunidade jurídica. Repete-se à exaustão a proibição de prisão do eleitor sem se pensar criticamente sobre a irrazoabilidade e a inconstitucionalidade por omissão da norma.

Nesse quadro, alvissareira é a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei do Senado 290/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-SC), que visa a alteração do art. 236 do CE para permitir no período a prisão provisória de autores de crimes hediondos e de crimes dolosos contra a vida. Como bem referiu a Senadora na exposição de motivos do referido projeto de lei, “*a violência tem aumentado consideravelmente, de maneira que a manutenção do dispositivo, na forma em que vigente, beneficiará autores de crimes brutais, como assassinos e estupradores, como freqüentemente têm noticiado os meios de comunicação*”.

Concluindo: se os operadores do Direito quiserem ver um avanço de sua jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais da coletividade, não devem olhar a utilização de sentenças aditivas com a velha mentalidade de que o Poder Judiciário só pode atuar como o legislador negativo.

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A vedação à prisão de eleitores durante os períodos imediatamente antecedentes e posteriores à realização do pleito (salvo exceções legais) existe no Brasil desde a edição do Código Eleitoral de 1932.

2. Essa vedação tinha como objetivos, basicamente: a) garantir o comparecimento máximo às urnas, já que em muitas eleições há vitórias de candidatos por escassa margem de votos ou até por critérios de desempate; b) evitar que a prisão de candidatos, eleitores, delegados de partidos e fiscais de partidos e coligações pudesse concorrer para a ocorrência de fraudes na apuração pela falta ou deficiência de fiscalização; c) impedir que prisões imotivadas ou arbitrárias pudessem influenciar de forma indevida o eleitorado, modificando o que seria o resultado normal da eleição caso a prisão indevida não ocorresse; d) evitar o uso de força policial para intimidar o eleitor; e) evitar o acirramento de ânimos entre partidários de agremiação políticas concorrentes.

3. A patente insuficiência protetiva do artigo 236 do Código Eleitoral tem levado os doutrinadores a considerá-lo revogado ou então a flexibilizar sua aplicação, com afirmações de que a vedação à prisão referida é inconstitucional; que só diz respeito aos crimes eleitorais propriamente ditos ou que a prisão por ordem judicial não é vedada pelo artigo em comento. Há, ainda, interpretação no sentido de que a prisão provisória do eleitor pode ser feita dentro do período do art. 236 do CE, desde que decretada anteriormente a esse período.

4. A garantia posta no art. 236 do CE não é inconstitucional se flexibilizada para permitir-se a prisão provisória de autores de crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo, bem como autorizar a prisão de candidatos que tiverem contra si sentença condenatória transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

5. A maneira de estender-se a possibilidade de prisão provisória aos autores dos crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo é com a utilização das denominadas decisões ou sentenças aditivas.

6. As sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição.

7. As sentenças aditivas não representam uma invasão do juiz no campo de atuação do legislador. O juiz apenas ‘revela’ uma norma que já existia no sistema.

9. ABSTRACT:

Article 236 of the Brazilian Electoral Code, which prohibits the arrest of voters and candidates in a specified number of days before and after the elections, beyond the few exceptions provided by for law, should be interpreted more broadly, not to cause protection failure and breach the right to security.

KEYWORDS: *Prison. Voters. Prohibition. Election period. Relativization.*

10. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. **Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 05 jan. 2007.**

CÂNDIDO, Joel João. **Direito Eleitoral Brasileiro**, 10ª edição, 2ª tiragem. Bauru: Edipro, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. **A prisão de eleitores nas vésperas da eleição**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 20, p. 01, setembro de 1994.

JÚNIOR, Edílson Pereira Nobre. **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA nº 170 (abril/junho de 2006), Senado Federal, 2006.

JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes. **Em torno do roubo**. Campinas: Millennium Editora, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Saraiva Editora, 5ª edição, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral Comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2004.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5ª edição, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema Constitucional das Crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2004.

SILVA, Francisco Rodrigues da. **Prisão de candidato no período eleitoral por força de ordem judicial**. Correio Braziliense de 20 de setembro de 2002.

STOCCO, Rui, e STOCCO, Leandro de Oliveira. **Legislação Eleitoral Interpretada – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



AUTONOMIA PRIVADA E BIODIREITO: Podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer?

Maria de Fátima Freire de Sá¹
Maíla Mello Campolina Pontes²

Resumo:

Este trabalho tem por finalidade discutir o tema da eutanásia. Para tanto, busca-se a evolução da autonomia privada para situar o tratamento da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro. Traz como sugestão, a construção da norma a partir de um sistema aberto de princípios. Ressalta-se que não se tem a pretensão, aqui, de trazer respostas últimas, sob pena de, o fazendo, banalizar matéria tão importante, mas mostrar como o direito de morrer pode ser responsabilmente discutido. De modo a respeitar todas as normas constitucionais que cercam o tema e, diante de uma análise crítica, pode-se ter a legítima esperança de alcançar, em matéria de largo espectro, o direito de viver a própria morte.

Palavras-chave: Dignidade humana. Autonomia privada. Eutanásia. Hermenêutica constitucional.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Delineamento Histórico – 3. Da pluralidade e da leitura imposta ao Direito Privado – 4. Do Princípio da Autonomia Privada – 5. Eutanásia: conceitos e porquês – 6. A atividade hermenêutica e o seu papel junto ao Direito de Morrer – 7. *Resúmen* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“No dia seguinte ninguém morreu.”³ Talvez, assim, diante do enunciado com o qual José Saramago inicia sua obra “As Intermitências da Morte”, fosse possível cerrar os olhos, senão para desbravar mistérios do além-túmulo, para se refugiar no acalento de não ter que refletir acerca do cessar da existência.

A morte se afigura como assunto indigesto hodiernamente. Traz consigo a idéia de limite, de fim, de subordinação a algo desconhecido e, paradoxalmente, infalível. Põe em xeque a extensão e infalibilidade dos egos, confere circunscrição ao rol das certezas, deixa claro, bem claro, que “estar” e “ser” são verbos de ligação num presente que, no momento seguinte, simplesmente, pode não ser mais nada ou coisa alguma.

¹ Mestre pela PUC Minas e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito na PUC Minas. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Civil da PUC Minas.

² Acadêmica em Direito pela PUC Minas.

³ SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 11.



Na Mitologia Grega, o fato “morte” se substancia como desfecho da atividade das Moiras, três irmãs que determinavam os destinos humanos e, assim, decidiam sobre a duração da vida de uma pessoa e seu quinhão de atribuições e sofrimentos.

Cloto era a moira que segurava e esticava o fio da vida. Laquesis, por sua vez, era a responsável por medir e distribuir os acontecimentos e Átropos, cortava o fio, determinando o momento em que se daria a morte de cada um.

As “Fiandeiras do Destino”, hoje, não estão presentes na cultura ocidental, contudo, a figura da morte desfila pela literatura, pelo imaginário e, porque não, pelo recôndito receio de cada um, caricaturada pelas mais variadas formas de desafio à criatividade, ora empunhando sua gadanha prestes a ceifar os “amanhãs” alheios, ora se travestindo de personagens misteriosos que perpassariam pela existência de qualquer indivíduo para, num trunfo final, privá-lo desta.

Fantasia à parte, imperioso reconhecer que, lidar com a fragilidade de si próprio, com uma espécie de vírgula contentora da delicada fúria do existir, traz a necessidade da reflexão, de uma consciência acerca do que se concebe por vida. A tal vértice se agrega uma sorte de predicados, de maneira que, por mais tola, idílica ou inócua que possa parecer a conceituação de “vida boa” ou “vida digna” de cada um, é ela quem irá balizar – ou ao menos, deveria! – conflitos existenciais que desembocam na realidade e desafiam os julgadores a deixarem de lado a carga valorativa que todo ser humano traz consigo, para analisarem o espaço de construção biográfica do outro.

Questões extrapatrimoniais que emergem a todo momento clamam pela necessidade de se verificar o universo alheio e conferir voz àquele que se afigura como foco para/sobre o qual verte a polêmica que fez merecer considerações jurídicas.

A pluralidade, neste contexto, caracterizadora da sociedade moderna, não pode deixar de ser invocada como catalisador da complexidade que atinge as questões existenciais. Dessa maneira, não há que se falar em solução adequada se o seu destinatário não for tomado em sua particularidade e, a partir das concepções e convicções que lhe são próprias, figurar, também – e, principalmente! – como autor do provimento que lhe afetará.

Levantar bandeiras de um Estado Democrático de Direito e desconsiderar a participação daquele que busca a materialização do seu direito nada mais é que bradar por algo oco em sentido, desprovido, exatamente, das características que lhe conferem rótulo e sustentam seus contornos lexicais. Não há como se falar em democracia, desconsiderando a pluralidade e esta não existe se excluídos os rasgos de diferença.

Assim, suscitar discussões que tragam à baila a liberdade e a eutanásia, sem considerar, para isso, a sociedade matizada da qual integramos, o princípio da autonomia privada e uma atividade hermenêutica para além de uma mera subsunção do fato à norma, seria como arremessar palavras ao vento sabendo, desde já, que elas não alçarão vôo algum e, certamente, repousarão no ponto do qual foram lançadas: o nada.

2. DELINEAMENTO HISTÓRICO

Voltar um pouco na história, talvez, nos leve ao entendimento de porquê uma homogeneidade de comportamento, crenças e convicções não pode prosperar no cenário de um Estado

de Direito que se pretenda, também, democrático.

Chamon Júnior, ao prefaciá-la a segunda edição do *Direito de Morrer*, conseguiu condensar, em poucas palavras, o cenário pretérito que embalou as concepções cristalizadas e disseminadas do que seria um ideal norteador compartilhado por todos, juntamente com as razões que impedem esse tipo de produção em escala industrial de valores ditos “comuns” na realidade hodierna.

O autor retoma a sociedade medieval que, fundada em razões religiosas, oferecia um ideal de vida boa que, logicamente, estava alicerçada no exercício da fé. Sobre esse palco, a diferença se processava de duas maneiras antípodas: ou era fagocitada e, por conseguinte, incorporada, posto congruente com a visão religiosa de mundo ou, simplesmente, era refutada com um furor repulsivo, porque dissonante da realidade que se buscava.

O surgimento de outras visões religiosas que ousavam transpor o limite imposto pela Igreja Católica e que buscavam semear suas próprias interpretações sobre as questões da vida fragilizou a prática religiosa que durante séculos moldou os pensamentos, delimitou o comportamento e adestrou os desejos.

O homem medieval perpassava pela sua história num movimento retilíneo uniforme sem ousar enveredar por rotas desconhecidas ou bradar pelo significado de interrogações não esclarecidas. A aceitação de um modo de vida ensinado e transmitido ao longo das gerações o atrelava a uma rotina ornada por atividades laborais junto ao campo e ao badalar dos sinos das Igrejas diante da qual não existia nem espaço, tampouco, o hábito da reflexão existencial.

A eclosão dessas (re)interpretações que surgiam com suas peculiaridades, por vezes, destoantes daquelas, até então, ventiladas pelo clero e o desenvolvimento de práticas econômicas que rompiam a produção para a mera subsistência trouxeram um embate, qual seja: diferentes formas de vida convivendo num mesmo espaço físico, temporal e que ofereciam diferentes “propostas” acerca do metafísico.

A propósito desta questão, entende Chamon Júnior que

essa dificuldade que se colocou “à Modernidade”, ao mesmo tempo que a impulsionou, somente pôde ser superada a partir do momento em que os concidadãos se enxergaram não como submetidos a princípios metafísicos reitores, como alhures proposto por Santo Tomás, mas, sim, vislumbraram a si mesmos como co-autores e co-participantes do processo de (re)criação desta sociedade, que rompendo com o passado, se autodenominou “moderna”⁴.

É verdade que houve mudanças desde a Idade Média e o objetivo é, realmente, que isso aconteça. Entretanto, ainda, há muito que se compreender acerca da diferença e do seu papel para se auferir legitimidade nas decisões.

Todo esse revolver ideológico não poderia deixar de refletir no Direito, trazendo consigo a exigência de se levar ao debate uma série de dogmas e conceitos que se incrustaram com o decorrer dos tempos em uma ciência que, acima de tudo, deve(ria) refletir as necessidades daqueles para os quais foi criada.

⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio, *apud* SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, xxiii.



Assim sendo, eis que se instaura todo um esforço para que o Direito e a realidade estejam em sintonia. Se não por um encilhamento que, pelo avançar e efervescer do casuísmo, torna-se, na maioria das vezes, impossível, por uma dialética compromissada em levar a sério o Direito e que, por isso, tenha a responsabilidade de buscar, na sua construção, os desdobramentos paradigmáticos dos princípios da liberdade e da igualdade.

3. DA PLURALIDADE E DA LEITURA IMPOSTA AO DIREITO PRIVADO

AO Direito Privado tem sido imposta uma constante releitura bem como a reconstrução de significados, outrora, tidos como cristalizados por uma certeza e precisão dogmática inquestionáveis.

Se, em tempos pretéritos, a rigidez de um conceito conferia estabilidade ou, ao menos, uma pretensa segurança contra possíveis arbitrariedades perpetradas pelo e contra o ser humano, hoje, o que se verifica é uma flexibilização dessa assertiva. Não que se vise a uma relativização anárquica de institutos e referenciais jurídicos a fim de tornar as questões emolduráveis por pontos de vista cambiantes.

O que não pode ser ignorado é que a sociedade ao longo dos séculos tem se tornado cada vez mais plural, com uma heterogeneidade de pensamentos, crenças e valores que fizeram com que o indivíduo deixasse de ser mais um membro a conferir volume num corpo social, para ser portador de uma particularidade e singularidade que o tornam um “ser” no todo. Não é mais possível conferir fôrmas ao humano para considerá-lo mero vetor de uma padronização comportamental e cultural, posto ser tal aspiração completamente dissonante do alto grau de variabilidade de aspirações e projeções de expectativas concernentes ao roteiro cultural que cada um guarda para si.

Há, portanto, diante de tal quadro, conceitos que não podem mais ser cristalizados e impostos de fora para dentro para que atuem determinadamente na existência de um sujeito que, quando de sua formulação, não foi consultado ou participou de sua construção.

Obviamente, a proposta, como já mencionado, não é a de relativizar uma sorte de significados, mas reconhecer que a noção de vida, por exemplo, está imbuída de um juízo valorativo que transcende e muito a coerência de um funcionamento orgânico ou as cadentes batidas de um coração. Ela há de estar permeada por todo um juízo de valor acerca dos requisitos que a compõem e por toda a projeção do que se julga necessário para a atribuição de predicados como “boa” e “digna”.

Assim, a pluralidade e a complexidade que são caracterizadoras da atual sociedade abandonam o signo de fatores isoladores e discriminadores de um grupo de indivíduos para se situarem como cerne de um Estado Democrático de Direito e pilares de uma atividade hermenêutica congruente com as exigências que ora se impõem.

Nesse cenário, não há que se cogitar na promoção de uma guetificação ideológica, na qual concepções existenciais divergentes daquelas eleitas por um ideal de identidade eticizante sejam desconsideradas e tidas como diferentes do almejável pelo/para o “bem comum”. A dita “diferença” é o ponto de partida para que se dê relevo e reconhecimento à capacidade de um indivíduo se autodeterminar e, assim, agir conforme os conceitos biográficos formulados ao

longo de sua existência.

4. DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

4.1 Origem do Termo

“Autonomia” é uma palavra cuja origem está na composição do termo grego “*autós*”, que significa próprio, individual, pessoal, e do verbo “*nomía*”, que denota conhecer, administrar:

representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta. É poder de se autogovernar, e, por consequência, o detentor de autonomia tem a faculdade de se reger por um sistema de regras próprio e ter tais regras reconhecidas pelos demais.⁵

Curioso é salientar que o conceito de autonomia está bastante vinculado ao de propriedade. Diz a história que o direito de propriedade foi o responsável por delimitar as noções de personalidade e capacidade. A capacidade era conferida ao proprietário de terras para que o mesmo pudesse praticar os atos a elas referentes. No Direito Romano, tal papel se substanciava na figura do *pater familias*, porquanto era ele o único proprietário dos bens da família, capaz, por conseguinte, de assumir direitos e obrigações⁶.

Depois, com o tempo, foi reconhecida uma autonomia negocial ao escravo para que este pudesse praticar atos em nome do proprietário. Assim, por intermédio de uma ficção, enxergou-se a avença de eventuais obrigações como sendo realizadas por extensão e intermédio do proprietário, embora, na realidade, este não tivesse participado de sua formulação.

Com o evoluir dos amanhãs e a formação do capitalismo, o trabalhador, também, teve reconhecida a sua capacidade negocial para que pudesse vir a alienar sua força de trabalho. Tal acontecimento, portanto, esteve conspurcado pela conveniência e necessidade de se universalizar os conceitos de personalidade e capacidade, viabilizando, assim, a implantação do modo de produção capitalista; afinal, todo homem, para que fosse detentor de bens ou de sua força de trabalho precisaria ser reconhecido como sujeito de direitos. Logo, da precisão de se regular a propriedade é que se generalizou a atribuição de capacidade e, consequentemente, a universalização da autonomia privada⁷.

4.2 Autonomia da Vontade x Autonomia Privada

Embates lexicais à parte, imperioso reconhecer a existência das duas terminologias no universo jurídico como sendo remetentes a significados que lhe são, respectivamente, con-

⁵ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.4.

⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e Autonomia Privada: o princípio da autonomia privada na Pós-Modernidade*. 2003. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, p. 77.

⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e Autonomia Privada: o princípio da autonomia privada na Pós-Modernidade*. 2003. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, p. 79.

gruentes. Embora, por vezes, os termos sejam empregados como sinônimos, necessário se faz revelar o cenário histórico que se esconde por detrás de cada um e a pertinência daquele que melhor se acomoda ao tempo presente.

A expressão “autonomia da vontade” tem sua memória ligada ao liberalismo. Juntamente com a propriedade privada, afigurava-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos frente ao Estado e a outros cidadãos, possibilitando, dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal.

Tal concepção era extremamente conveniente ao objetivo da época, posto que qualquer limitação dos anseios individuais por parte do Estado travaria o progresso e o desenvolvimento humano e social, materializando-se em obstáculo ao desenvolvimento do capitalismo.

Assim, vigia uma noção de autonomia ilimitada. O acordo de vontades, refletor da liberdade do querer humano, desprovido de condicionantes externas, era o signo para a produção dos efeitos jurídicos que aprofundavam ao homem no período liberal.

Todavia, o próprio liberalismo deu origem aos elementos que propiciariam sua implosão como sistema de produção, pois,

a liberdade individual ilimitada tendia a se converter em arbítrio provocando o colapso do sistema liberal. Se o reconhecimento da liberdade por parte do Estado, sob a forma de direitos negativos, visava a preservar a autonomia individual, a permissão de que o arbítrio de uns neutralizasse a autonomia de outros levava o sistema a uma insuperável contradição interna. O reconhecimento da autonomia exigia uma atuação positiva do Estado que se pretendesse legítimo, como forma de proteger a atuação autônoma do máximo de pessoas possível.⁸

Dessa maneira, a visão de autonomia precisou ser novamente trabalhada e, com isso, uma nova concepção que primava pela proteção dos interesses coletivos foi sendo delineada. Foram estabelecidos limites à livre atuação dos indivíduos e da sociedade como um todo através da idéia de função social.

Mais uma vez, a concepção de autonomia aliou-se a uma idéia extremista, recorrendo ao excesso – desta vez não de abstenção, mas, sim, de intervenção – como meio de reequilibrar a permissividade da atuação individual de outrora. Inevitavelmente,

da mesma forma que no Estado Liberal, onde o exagero da autonomia privada causou a falência do sistema, no Estado Social os excessos da interferência estatal na esfera de liberdade individual fizeram cair por terra postulados que privilegiavam incondicionalmente a vontade coletiva em detrimento da vontade individual. O Estado concebido como a concretização ética de um povo em um determinado momento histórico passou a representar um fim em si mesmo que se chocava com as pretensões individuais de seus membros, pois a vontade coletiva não equivale à

⁸ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

soma das vontades individuais da comunidade.⁹

Percebe-se, destarte, que ambas as correntes que buscaram trabalhar a idéia de autonomia pecaram por visualizarem apenas uma questão pontual, deixando de lado a totalidade do problema que a exacerbação de uma autonomia individual ou pública ilimitadas ensejaria.

Dessa forma, era preciso um equilíbrio, uma concepção que salvaguardasse a individualidade e sua manifestação sem, contudo, desconsiderar a esfera pública sobre a qual se atua e os reflexos advindos de sua materialização junto a iguais liberdades que convivem num mesmo cenário. A autonomia não poderia mais ser estudada e protegida senão diante do outro, numa perspectiva de relacionalidade, pressupondo um reconhecimento recíproco da condição de sujeito, pois não há que se conceber atuação individual isolada do meio social. O ser humano está em constante interação e sua liberdade de atuação só pode ser de todo protegida se não invade o igual espaço de autodeterminação alheio.

Isto posto, na contemporaneidade, começou-se a trabalhar a idéia de co-relação/co-dependência entre autonomia pública e privada. Voltar os olhos para o pretérito conferiu a capacidade crítico-reflexiva necessária à percepção de que uma perspectiva isolada, seja ela pública ou privada, é, também, uma perspectiva carente, manca, cujos passos capengas não levam além do que a uma ótica parcial.

Frederico Barbosa Gomes, ao trabalhar as idéias de Habermas sobre o tema, explica:

não é possível se olhar a autonomia do cidadão apenas por uma perspectiva privada ou pública, porquanto ela encerra as duas em si mesma, já que o cidadão apenas terá condições de participar dos processos públicos de tomada de decisão se ele tiver garantida a sua esfera privada, ao mesmo tempo em que esta somente será preservada e terá os seus contornos definidos no debate público, no qual haja o exercício de sua autonomia pública, razão por que não se pode falar em supremacia de uma em face de outra, mas sim da existência de um nexo interno entre elas¹⁰.

Logo, a adoção de uma concepção de autonomia integradora dos espaços público e privado é a única que, diante de uma pluralidade, propicia a preservação da variável individual dentro de uma realidade intersubjetivamente compartilhada na qual cada um possa se preservar, mas, ao mesmo tempo, reconhecer o outro e participar da construção desse universo comungado sem que, para tal, excluam-se as diferenças.

Donde, a conclusão de que, a partir da alteridade, ou seja, uma visão que transcende a auto-imagem e abarca o relacionar-se com o outro, será possível potencializar a individualidade e o seu intercâmbio junto às demais, na construção de uma interseção que seja deveras legítima, porquanto imbuída no consenso auferido pela integração e participação.

⁹ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19.

¹⁰ GOMES, Frederico Barbosa Gomes. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do Direito. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 45.

4.3 A materialização da Autonomia e o Biodireito

Em Biodireito, é evidente a importância da autonomia privada na relação médico-paciente. É que tal relação estabelece entre ambos um vínculo contratual. E, a materialização da autonomia pressupõe requisitos para que se dê de maneira válida, quais sejam: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos.

No momento em que emitir sua decisão, o paciente deve estar esclarecido do diagnóstico, do tratamento mais adequado a se implementar e de seus efeitos positivos e negativos. A decisão deve ser revestida do maior número possível de informações, que devem ser passadas de forma clara e abrangente, avaliando as opções de tratamento, riscos e benefícios.

O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão, o que significa a capacidade de estabelecer diferença, distinção e fazer apreciação. Exige-se que o paciente esteja apto a compreender a situação na qual se encontra e o médico, por sua vez, deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões.

Por fim, a autonomia privada requer que não haja condicionadores externos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser livre, não podendo comportar quaisquer vícios, sejam sociais ou do consentimento. Os únicos condicionantes admitidos são os da própria consciência do paciente.

Mas, muito mais que negócio jurídico, a relação médico-paciente apresenta-se como base da ciência médica e tem como objetivo o comprometimento para com a saúde, o bem-estar e a dignidade do indivíduo. Nesse sentido, apesar de a discussão da eutanásia ainda ser um tabu, os profissionais da medicina vêm entendendo que, muitas vezes, deixar alguém morrer significa nada mais nada menos que o exercício regular da medicina, ao não empregar meios extraordinários que levem ainda mais sofrimento àquele que busca alívio.

5. EUTANÁSIA: CONCEITOS E PORQUÊS

5.1 Passeando pelo campo semântico

Para adentrar pelo cerne deste artigo, mister esclarecer o significado de terminologias ligadas ao tema “eutanásia” para maior familiarização com o mesmo.

O termo “eutanásia” é de origem grega podendo ser desmembrado em *eu* (boa) e *thanatos* (morte). A primeira vez que foi empregado foi pelo historiador latino Suetônio, no século II d. C, ao descrever a morte “suave” do imperador Augusto. Séculos depois, em 1623, foi utilizado pelo filósofo inglês Francis Bacon, em sua obra *Historia Vitae et Mortis*, como sendo o tratamento adequado às doenças incuráveis.

O direito de matar e de morrer teve, em todas as épocas, defensores extremados. Sabe-se que entre os povos primitivos sacrificavam-se doentes, velhos e débeis e se o fazia publicamente numa espécie de ritual cruel e desumano. Na Índia antiga, os incuráveis de doenças eram atirados no Ganges, depois de terem a boca e as narinas vedadas com lama sagrada. Os espartanos, do alto do Monte Taijeto, lançavam os recém-nascidos deformados e até os anciãos, sob a alegação de que não mais serviam para guerrear. Na Idade Média, dava-se aos guerreiros

feridos um punhal afiadíssimo, denominado misericórdia, que lhes servia para evitar o sofrimento prolongado da morte e para não caírem nas mãos do inimigo. O polegar para baixo dos Césares era uma permissão à eutanásia, facultando aos gladiadores uma maneira de fugirem da morte agônica e da desonra. Todavia, com a racionalização e humanização do Direito moderno, tal efetivação tomou caráter criminoso, como proteção àquele que foi erigido como sendo o mais valioso dos bens: a vida.

Nos dias atuais, a nomenclatura *eutanásia* vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte daquele que se encontra em grave sofrimento, decorrente de doença sem perspectiva de melhora, produzida por médico, com o consentimento do próprio paciente.

A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. Trata-se de uma conduta médica que promove um comportamento eficiente para produzir a morte do paciente ou se abstém de empregar o recurso necessário para evitar seu fencimento.

Há dois elementos envolvidos na eutanásia que são a intenção e o efeito da ação. A intenção de realizar a eutanásia pode gerar uma ação – daí, tem-se “eutanásia ativa” – ou uma omissão, que seria a não realização da indicação terapêutica naquela circunstância – “eutanásia passiva” ou ortotanásia.

No lado oposto ao da eutanásia, encontra-se a distanásia. Trata-se de prolongar, ao máximo, a quantidade de vida humana, combatendo, obstinadamente, o processo do morrer como se este fosse o maior e último inimigo. É caracterizado como encarniçamento terapêutico e visa, muitas vezes, a driblar as patologias e sinais de falência do organismo sem se preocupar se tal ação irá, única e exclusivamente, estender o desdobrar irrefutável do morrer de um paciente incurável.

A mistanásia, ou eutanásia social, é a morte miserável, fora e antes da hora. Refere-se aos doentes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, nem sequer chegam a obter o tratamento médico de que necessitam ou, quando conseguem, enfim, a assistência, acabam sendo vítimas de uma má-prática médica pelas mesmas razões *retro* elencadas.

A mistanásia estampa as manchetes dos jornais diários, conspurca os canais televisivos a toda hora, mas não consegue captar o mesmo olhar, tampouco, gerar a mesma indignação que a eutanásia por parte do Estado e das pessoas. Engraçado como o ser humano se acostuma às doses homeopáticas ou cavalares que lhe são ministradas da miséria alheia todos os dias. O morrer, quando institucionalizado, parece indolor. Contudo, se for por um pedido consciente e vertido da vontade daquele que padece, pode congestionar tribunais, desnortear os holofotes, atizar o furor religioso. Se ocorre pela negação de direitos fundamentais, parece se despir de importância, está pacificado, internalizado, possui precedente! E, assim, todos encaram a morte, empunhando o pior e, no caso, mais paradoxal dos clichês: “*c’est la vie*”...

O suicídio assistido, por sua vez, não decorre da ação de um terceiro. Trata-se de conduta do próprio paciente que, assistido ou auxiliado por alguém, realiza a ação que irá extirpar-lhe a vida.

5.2 As regras do Código Penal brasileiro

O artigo 121 do Código Penal e seu § 1º prescrevem:

Art. 121. Matar alguém. Pena – Reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, [...] o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Por sua vez, a determinação do artigo 122 é a seguinte:

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena – Reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

A eutanásia, nas suas diversas formas, vem sendo tratada pelo Direito Penal pátrio como homicídio, ainda que privilegiado. Do conteúdo da regra do artigo 121, § 1º, do Código Penal, depreende-se que o ato de tirar a vida de outrem que se encontre em grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor moral e, por isso, o agente que praticar o delito terá sua pena reduzida de um sexto a um terço.

Vê-se que referido parágrafo não determina quem seja o agente, donde a conclusão de que qualquer pessoa que realizar o ato, desde que compelida por motivo de relevante valor moral, terá se valido da eutanásia. Portanto, não há, no Direito brasileiro, a exigência de que a eutanásia seja praticada por médico, como, tecnicamente, é entendida.

O suicídio assistido decorre da ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou, apenas, observado por terceiro. Tecnicamente, a orientação e o auxílio devem ser prestados por médico. Contudo, também, não há, no Código Penal, qualquer determinação nesse sentido.

Não obstante tais regras, a comissão de juristas que trabalhou na elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal (vigente desde 1942) não só incluiu a previsão da eutanásia no artigo 121, como trouxe à baila norma penal explicativa no sentido de classificar como atípica a chamada eutanásia passiva ou ortotanásia. Esta passa a ser entendida como mero exercício regular da medicina.

Veja-se o texto da primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro de 1993, que introduzia o § 6º ao artigo 121:

§ 6º Não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoa, vítima de enfermidade grave e que, de acordo com o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou interrupção da terapia devem ser precedidas de atestação, por dois médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao juiz, com as condições exigidas, o pedido não for por ele despachado no prazo de três dias.¹¹

Posteriormente, em 24.3.1998, o *Diário Oficial da União* fez publicar o texto que

¹¹ SANTOS. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 108.

alteraria os dispositivos da Parte Especial do Código Penal, e, em relação a eutanásia, ficou consignado o seguinte:

Art. 121. [...]

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena – Reclusão de três a seis anos.

A norma penal explicativa insere o § 4º ao artigo 121, que passaria a vigor da seguinte maneira:

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Alguns comentários merecem ser feitos quanto ao anteprojeto. Em relação ao § 3º, o texto é claro ao referir-se, somente, a sofrimento físico, não estando incluído, portanto, qualquer tipo de sofrimento psíquico. A manifestação de vontade da vítima, assim como sua capacidade plena, são imprescindíveis à caracterização da eutanásia. Por fim, fala-se em sofrimento insuportável. Mas como defini-lo? A princípio, crê-se que quem tem competência para tal verificação é o próprio médico do paciente que, presume-se, detém capacidade profissional para o diagnóstico da doença.

Quanto à norma penal explicativa, levanta-se aqui uma premissa de contrariedade. É que o § 4º não estabelece, na impossibilidade de manifestação do paciente, ordem de prelação em relação às vontades dos parentes (ao contrário do texto de 1993, acima transcrito). Haveria necessidade de concordância conjunta? Em caso contrário, quem teria prioridade na tomada de decisão? Por outro lado, o estabelecimento de ordem de preferência engessaria o artigo, impedindo construção hermenêutica do caso concreto.

Interessante notar que os dois parágrafos do anteprojeto do Código Penal tratam da imprescindibilidade do consentimento do paciente. No caso do § 4º, na impossibilidade de manifestação do indivíduo, tal consentimento poderia ser suprido pela manifestação de vontade de membro da família.

Contudo, para Jiménez de Asúa, autor da obra clássica *Liberdade de amar e direito a morrer*, “o consentimento não legitima o homicídio – nem a ajuda a quem por si mesmo se dá a morte – e seria inútil invocá-lo no extermínio das vidas atormentadas”.¹² Segundo esse autor, o consentimento poderia, sim, ter efeitos justificativos em ações contrárias à norma, mas sua aplicação poderia dar-se a aspecto reduzido do problema. Para ele:

O âmbito dilatado da eutanásia não só abrange os casos em que o enfermo incurável e dolorido pede a morte, mas também aqueles outros de dementes incuráveis e idiotas sem remédio, e dos de inconscientes que recobrarão os seus sentidos para se encontrarem no mais miserável estado. [E continua dizendo que] para estas categorias, o consentimento não é possível que seja invocado. É certo que seria possível suprir a

¹² ASÚA. *Liberdade de amar e direito a morrer*. Lisboa: Clássica, 1929, p. 240.

suu vontade com a dos pais ou representantes legais, mas seria extremamente difícil ladear os riscos de arbitrariedade, a que isso daria lugar, oriundos de concupiscências econômicas ou do desejo de se libertar do pesado encargo que supõe um infeliz demente.¹³

A solução proposta por Asúa diz respeito à avaliação dos motivos da conduta, ou seja, o *móbil*. Se o móbil tem caráter anti-social, seria absurda a declaração de impunidade daquele agente, mas se o móbil, ao contrário, for altruísta, não egoísta, o critério aceitável seria a declaração de impunidade do agente.¹⁴

Asúa distingue a eutanásia médica da prática do homicídio por piedade, esta última exercida por familiares ou amigos desinteressados. Ao distinguir essas duas atitudes, afirma que o médico não tem a intenção de matar seu paciente, mas aliviar-lhe as dores, mesmo porque, curar não significa apenas dar saúde. Assim, entende que a eutanásia praticada pelo profissional da medicina carece de ‘substância polêmica’, porquanto essa atitude seria de verdadeira cura. Diferente o seu entendimento ao referir-se ao homicídio piedoso. É que nessa conduta, o móbil torna-se relevante. E, se o motivo da morte era a piedade em decorrência do sofrimento insuportável, ao juiz é facultado o perdão. Não o perdão legal, mas o perdão judicial, este último visto por Asúa como mais amplo que o primeiro.¹⁵ Afirma que justiça e piedade têm áreas distintas, mas admite que a justiça repassada de piedade é mais justa.¹⁶

6. A ATIVIDADE HERMENÊUTICA E O SEU PAPEL JUNTO AO DIREITO DE MORRER

O Direito tem o costume, facilmente identificável na seara penal, de hierarquizar os ditos “bens” jurídicos merecedores de tutela conforme uma escala gradativa de importância.

Assim, em uma ordem ascendente, vai-se escalando até o cume onde resplandece a

¹³ ASÚA. *Liberdade de amar e direito a morrer*. Lisboa: Clássica, 1929, p. 241.

¹⁴ “Se quem mata um doente incurável, que pede insistentemente o fim dos seus padecimentos, o faz com um móbil anti-social – para alcançar mais depressa a herança ou para se desfazer do pesado cargo que representa o doente de um mal crônico – seria então absurdo declarar a impunidade, visto que o agente é ‘perigoso’; mas, em compensação, quando o moveram fins altruístas, como a piedade pelo sofrimento acerbo, seria inútil impor-lhe uma pena, porque não estamos ante um caso de ‘temibilidade’. O móbil não egoísta, que guia o homicida piedoso, é, pois, o único critério aceitável para declarar a impunidade, visto que o tratamento punitivo ou assegurador deve ser exercido somente sobre indivíduos perigosos, ficando livres de toda a intervenção penal os que não são temíveis pelo motivo nobre, que os move.” ASÚA. *Liberdade de amar e direito a morrer*. Lisboa: Clássica, 1929, p. 248-249.

¹⁵ “O médico, diz-se, não pode praticar a eutanásia com o premeditado designio de produzir a morte; mas chega a ele como um meio de cura. Por desgraça, a medicina nem sempre cura; a maior parte das vezes só alivia os padecimentos. [...] Mas ao médico, não o guia a intenção de matar o paciente, nem ainda por piedade, mas o seu designio é aliviá-lo, diminuir-lhe o sofrimento. [...] Nas outras formas de eutanásia, às vezes mais violentas, que qualquer particular prática, ligado ao paciente por laços de família, de amizade ou amor, é que se levanta a questão debatida e quando o móbil adota a sua importância máxima. [...] Demos ao juiz facultades para perdoar. Mas não em forma de perdão legal, especialmente consignado a determinadas infrações, mas em forma ampla e generalizada, de verdadeiro perdão judicial. Menos ainda deve esse perdão ser condicionado pela leveza dos delitos, mas como fizeram os variados projetos franceses, que não chegaram a vigorar. O preceito pietista, que reclamo, será amplo, concedendo ao juiz a facultade de perdoar qualquer delito, até a objetivamente graves, sempre que o sujeito revele sociabilidade nos motivos e nenhum estado perigoso.” ASÚA. *Liberdade de amar e direito a morrer*. Lisboa: Clássica, 1929, p. 253-254.

¹⁶ ASÚA. *Liberdade de amar e direito a morrer*. Lisboa: Clássica, 1929, p. 255.

“vida” como sendo o “bem jurídico supremo”.

Tem-se a impressão, portanto, que os conflitos jurídicos, por vezes, podem ser solucionados por uma mera consulta a uma tabela, previamente preenchida, na qual se verificava o grau de afetação e desabono por ter sido lesionado o bem em apreço.

Acontece que essa prática de atribuir o *quantum* de reprovabilidade por intermédio da aferição do *status* do objeto de proteção na escala de valores, usada para justificar a sanção empregada, tem sido utilizada pelo arrastar do dias sem merecer maiores considerações.

O problema começa a ser delineado quando surge uma situação na qual se contraria o milenar uso de bulas para a pacificação dos conflitos e, de repente, o Direito começa a ser questionado. Afinal, quem elegeu essa escala de valores? Quem pesou, mediu e rotulou uma gama de objetos de tutela que serviria como ferramenta antes mesmo de se conhecer o caso concreto no qual seria empregada?

A vida, nesse contexto, foi coroada por todos os superlativos protetivos. Ocupa lugar de destaque: o topo! É endeusada nas canções, poemas, frases de impacto e ganha, facilmente, qualquer espaço de debate, sem, contudo, ser submetida à principal indagação: em que consiste?

O eixo de rotação do presente artigo é, exatamente, esse: o que é a vida? Em torno dessa concepção gravita cada palavra já escrita por essas linhas e entre elas.

As questões que fizeram ventilar o tema da eutanásia trouxeram consigo a necessidade de se impugnar conceitos naturalizantes utilizados pelo Direito, afinal de contas, não há que se falar em “vida boa” ou “vida digna” desconsiderando a formulação biográfica dessa resposta por parte daquele que vive. Dizer que vida se resume ao funcionamento das funções do encéfalo ou às batidas de um coração não se figura em problema algum até o momento em que essa seja uma noção pessoal e, não, uma proposta de generalização ideológica.

Viver é singular. Está permeado por sensações inúmeras que, ao longo da história, moldaram a idéia que cada um desenhou para si do que seria uma vida “boa” e “digna”. É impregnado por experiências, por expectativas, por toda a sorte de juízos de valores que não carecem ser inquiridos em face de uma “pretensão conceitual coletiva”.

Em uma sociedade plural, então, essa variação acerca do que cada um concebe sobre o viver torna-se mais evidente. E reconhecer-se em um Estado de Direito Democrático pressupõe o respeito a essa diferença. Não é mais possível recorrer à figura do “homem médio” do Direito Romano para se buscar respostas que se pretendam adequadas, obtidas por cálculos de médias aritméticas de porções de razoabilidade.

Uma vez salvaguardada a formulação que cada um tem sobre o viver, deve-se diluir outra interrogação: diante da existência de um direito à vida, existiria, também, um direito de morrer?

Esse é o momento, talvez, mais atacado pelo furor de muitos. O homem retorna ao medievo. Parece já escutar de longe as trombetas do apocalipse... E, num arquear circunflexo das sobrancelhas, indaga-se baixinho enquanto processa a pergunta *retro* mencionada: - Mas, não seria pecado?

Ora, viver e morrer são dois lados de uma mesma moeda. E, se viver é, a todo custo, manter-se em uma situação agônica, que contraria o ideal de dignidade formulado por aquele que padece, então, a vida deixa de ser um direito, para, num culto idólatra, transformar-se em dever.

Cada um é responsável por si. Erigir a vida como um “bem coletivo” ou como pertencente ao Estado é tirar do ser humano a única coisa que deveras possui: ele próprio.

Destarte, como resolver um caso que envolva uma situação na qual se pleiteia o direito de morrer?

Primeiramente, não se pode desconsiderar o principal – o próprio caso concreto. Isso implica em assumir a impossibilidade de se catalogar as situações existenciais em um livro fechado de regras para, depois, com uma mera consulta, vir a respondê-los. Seria por demasiado idílica essa pueril expectativa de se buscar soluções *ex ante* ao caso em análise. Afinal, essa resposta estaria alicerçada em que? A complexidade das situações que clamam pelo olhar jurídico demonstra que o encilhamento do Direito ao casuísmo não prospera nem sequer na mais ingênua das ilusões. Além do mais, como sumular um desfecho sem considerar o sujeito ao qual se destinará? Como buscar “finais” para histórias, negligenciando os atores que a encenam?

Num segundo momento, percebe-se que a grande maioria dos casos que refletem questões existenciais traz consigo conflitos de concorrência principiológica. O equívoco, nesse quesito, reside na forma de solução buscada para sanear o embate normativo sem que isso venha a esvaziá-lo de seu caráter deontológico.

A metodologia empregada por Robert Alexy exemplifica a crítica supracitada. O autor, embora não negue o caráter normativo dos princípios, acaba soçobrando o caráter deontológico dos mesmos, no momento em que os enxerga como “mandados de otimização,” aplicados na maior medida do possível. Diante de um caso de concorrência, o autor promove um balanceamento de maneira tal que diretamente proporcional ao grau de aplicação de um princípio será o grau de afetação do outro. E, dessa forma, ambos hão de ser aplicados, variando, somente, a proporção da incidência de um e de outro naquela situação específica.¹⁷

Contudo, ao proceder uma dosimetria principiológica, Alexy axiologiza as normas pois, somente, é possível preferir algo que se encontre imerso em um juízo de valor. Deliberar sobre a dosagem dos princípios, fã-los parecer ingredientes apazíveis aos sentidos. É como se o caso concreto fosse uma receita a atingir o “ponto” de um pretense senso de justiça com a exata medição principiológica.

Só se pode preferir, ou não, aquilo que obedece a um referencial valorativo, algo passível de barganha, escambo, escolha. Normas se sujeitam a um critério de adequação, de aplicação binária. Portanto, ou se aplicam ou não. Não há que se falar em maior ou menor incidência normativa.

A problemática resplandece quando se verifica que a eleição dessa premissa axiológica se dá por um ente que não é aquele envolvido no caso a recebê-la. Ao se ponderar valores e eleger a preferência por algum deles por acreditar ser essa a justiça para a questão em análise, na verdade, qual o referencial utilizado? O nosso, o seu, o do julgador ou o de um ideal de

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161.

“bem comum”? Seria mesmo possível pensar em “bem comum” quando o foco precisa ser a singularidade do que crê aquele indivíduo envolvido?

Quando se elege uma premissa, fá-lo segundo uma entidade eticizante, representante de um referencial que reside fora do universo de um caso concreto. As finalidades éticas e arbitrariamente erigidas como sendo “as” corretas carecem de legitimidade em um Estado de Direito Democrático, pois não contaram com a participação daqueles sujeitos que a elas se submeterão. Não podem, por conseguinte, afigurarem-se como provimento a vergar sobre uma lide, porquanto, não foi composto pela participação discursiva dos integrantes desta.

Argumentos éticos e valores não de ser usados, sim, contudo, num plano de justificação e, não, no de aplicação da norma. Não podem ser usados para balizar e fundamentar decisões judiciais.

Lúcio Chamon Junior, ao dissertar sobre a sistemática proposta por Alexy para solucionar o conflito de concorrência principiológica, explana:

tal solução acaba por desconsiderar e não permitir a atualização e desdobramento do Direito no sentido de se buscar um igual reconhecimento de liberdades num mundo que se enxerga e se assume como plural. A redução a uma análise sociológica que pretende, inadvertidamente, estabelecer uma ordem de valores e suas relações de prioridade e hierarquia, acaba por inserir-se como mantenedora de uma ainda interpretação do Direito em termos de regra/exceção, incapaz de permitir, assim, a reconstrução adequada do Direito ao seu próprio projeto moderno.¹⁸

Logo, só é possível haver identificação do Direito para com o seu projeto junto à Modernidade se a busca pelas respostas se fizer mediante a participação dos sujeitos envolvidos naquele contexto compartilhado. Tal composição discursiva há de ser delineada respeitando a autonomia privada de cada um. Os direitos não de ser vistos como esferas de liberdade e não-liberdade, mas, nunca, como deveres impostos por qualquer juízo valorativo elegido arbitrariamente.

A dignidade da pessoa humana, destino e vértice de todo o ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1º, inciso III, CF/88), não há, portanto, como visto até aqui, que ser perquirida fora de um contexto de função jurisdicional. Não há um substrato axiológico de dignidade, preenchido *ex ante*, mas tal princípio há de ser densificado a partir do respeito de outros que lhe dão robustez, como a autonomia e a liberdade.

É preciso respeito para entender e aceitar o processo do morrer alheio. As crenças e convicções que repousam no íntimo de cada um não podem agrilhoar aquele que não suspira por elas.

Viver e morrer são, sim, motes para muitas poesias e músicas que precisam ser entoados para tornar a existência mais leve. Entretanto, que sejam odes de libertação, de reconhecimento da cadência e do limite alheio e, não, estandartes de uma cegueira que propugna um pseudo-moralismo travestido pela idéia de justiça.

7. TRADUÇÃO DO RESUMO

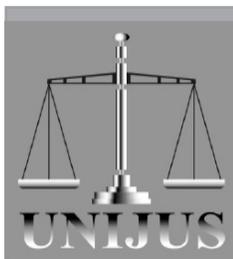
¹⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 75.

Resúmen: *Esta investigación tiene la finalidad de discutir el tema de la eutanasia. Por lo tanto, se busca la evolución de la autonomía privada para situar el tratamiento de la eutanasia en el ordenamiento jurídico brasileño. Trae como sugestión, la construcción de la norma a partir de un sistema abierto de principios. Se resalta que no hay la pretensión, aquí, de traer respuestas últimas, bajo la pena de, lo haciendo, banalizar materia tan importante, pero si demostrar cómo el derecho de morir puede ser responsablemente discutido. De modo a respetar todas las normas constitucionales que cercan el tema y, delante de un análisis crítico, se puede tener la legítima esperanza de alcanzar; en materia de largo espectro, el derecho de vivir la própia muerte.*

Palabras-clave: *Dignidad humana. Autonomía privada. Eutanásia. Hermenéutica constitucional.*

8. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASÚA, L. Jiménez. **Liberdade de amar e direito a morrer**. Lisboa: Clássica, 1929.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Morrer humano. Considerações pró e contra o suicídio assistido e a eutanásia e a favor de sua desjurisdicização. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.71-82.
- GOMES, Frederico Barbosa Gomes. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do Direito. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25-54.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A Autonomia Privada do paciente em estado terminal. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.89-110.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e Autonomia Privada: o princípio da autonomia privada na Pós-Modernidade**. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3-24.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.101-127.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pêndulo**: a bioética e a lei. São Paulo: Ícone, 1998.
- SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.



A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robson Renault Godinho¹

Resumo:

O ensaio trata da tutela jurisdicional efetiva numa perspectiva constitucional, com exame das regras sobre ônus da prova no processo civil e se propõe a demonstrar a necessidade de uma nova mentalidade inspirada na tutela dos direitos.

Palavras-chave: Direito fundamental a uma tutela Jurisdicional efetiva. Ônus da prova

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Ônus da prova: generalidades – 3. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça – 4. A inversão judicial genérica do ônus da prova – 5. A teoria dinâmica do ônus da prova – 6. Considerações finais – 7. *Riassunto* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional², embora não seja propriamente uma novidade, ainda não é realizado com a frequência necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais³.

¹ Promotor de Justiça/RJ. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil-PUC/SP.

² Fala-se em Direito Processual Constitucional (jurisdição constitucional) e Direito Constitucional Processual (princípios processuais na Constituição). Amplamente, com outras indicações bibliográficas: DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo: introdução ao Direito Processual Constitucional*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 107/135.

³ Alguns exemplos dessa abordagem, apenas a título de ilustração: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*. *Revista de Processo* n° 90, RT, abril/junho de 1998. *Garanzie minime del “giusto processo civile negli ordenamenti Ispano-Latinoamericani*. *Revista de Processo* n° 112, RT, outubro/dezembro de 2003. MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso*. Buenos Aires: Platense, 1998. PORTO, Sergio Gilberto (org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição*. São Paulo: RT, 8ª ed, 2004. TUCCI, José Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005. MIRANDA, Jorge. *Constituição e Processo Civil*. *Revista de Processo* n° 98, RT, abril/junho de 2000. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, disponível em www.mundojuridico.adv.br, acesso em 01/08/06. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, e *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, além de vários artigos disponíveis em seu sítio pessoal: www.professormarinoni.com.br. Registre-se, ainda, que moderna obra sistemática sobre o processo civil é inaugurada exatamente com estudo sobre a relação entre o processo e os direitos fundamentais: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição⁴, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais. Na lição de CARLOS OLIVEIRA,

[...] Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido⁵.

O objeto desse trabalho limita-se exatamente à análise de um dos institutos que, por não ser examinado constitucionalmente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal⁶, mostra-se inadequado em sua função de garantir a tutela de direitos: o ônus da prova.

Com efeito, se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos⁷ afirmados pelas partes perante o judiciário, a produção de provas assume particular importância no resultado do processo e, conseqüentemente, na concretização

⁴ Ressalte-se, ainda, a constante preocupação de BARBOSA MOREIRA com as repercussões das normas constitucionais no estudo do processo, cujo reconhecimento se traduziu em oportuna homenagem coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, que recebeu significativo título: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. Lembre-se que EDUARDO COUTURE, ainda na primeira metade do século anterior, dedicou ao estudo da relação entre a Constituição e o Processo o primeiro volume de seus *Estudios de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Depalma, 3ª ed, 2003). Também CALAMANDREI e FIX-ZAMUDIO possuem importância histórica no estudo entre a Constituição e Processo (cf., MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional. *Revista de Processo n° 111*, RT, julho/setembro de 2003. Nesse estudo, além do exame dos trabalhos de Fix-Zamudio, há interessantes notícias sobre os trabalhos de Couture e Calamandrei.

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. Disponível em www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216, acesso em 01/08/06.

⁶ “Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Procuração a Defensor Público: inexigibilidade. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6º, da C.F.: tema não questionado (súmulas 282 e 356). 1. Tem razão o agravante quando sustenta a inexigibilidade de procuração a Defensor Público. 2. Não, porém, quando insiste na subida do Recurso Extraordinário, em face dos termos do acórdão extraordinariamente recorrido. 3. É que o aresto reconheceu a culpa “in vigilando” do Município, ora recorrente, com base em circunstâncias de fato, que não podem ser reexaminadas por esta Corte, em Recurso Extraordinário (Súmula 279). 4. E, quanto à inversão do ônus da prova, focalizou questão processual, que somente poderia ser revista, em Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, da C.F.). Este, porém, manteve o não seguimento de tal Recurso, com trânsito em julgado, ficando preclusa tal questão. 5. Não pode, ademais, ser examinada a alegada violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, seja porque os arestos da Apelação e dos Embargos Declaratórios não os focalizaram (Súmulas 282 e 356), seja porque se valeram de fundamentos estranhos à norma constitucional em questão (Súmula 283). 6. E é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em Recurso Extraordinário, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 7. Agravo improvido”. (AI-AgR 223022/RJ, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 24-11-2000, p. 00091). Na Espanha e na Argentina, por exemplo, a análise da distribuição do ônus da prova pelos respectivos Tribunais Constitucionais trouxe evidentes progressos na compreensão do tema (cf. AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005, pp. 121 e seguintes. PEYRANO, Jorge W. (dir.). WHITE, Inês Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, *passim*).

⁷ Mesmo nos processos em que se discute apenas matéria de direito, há questões fáticas subjacentes, existindo verdadeira comunicação entre norma e fato. No controle abstrato de normas, por exemplo, existe espaço para instrução probatória, como resulta claro do exame dos artigos 6º, 7º, § 2º, 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9868/99. Sobre a figura do *amicus curiae*, especialmente no controle abstrato de normas, inclusive sobre sua contribuição para a instrução do processo, é fundamental a leitura do trabalho de Cássio Scarpinella Bueno, com o qual conquistou a Livre-Docência na PUC/SP: *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: 2006, *passim*.

do direito fundamental de acesso à justiça⁸, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão.

Dessa forma, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional⁹.

Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável se lhe ser negada a tutela de direitos.

Em suma, as regras de distribuição do ônus da prova podem fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça.

Para o desenvolvimento de nosso estudo, é fundamental fixar a seguinte premissa: a distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, uma questão constitucional¹⁰. Em diversas situações, estaremos diante de casos difíceis¹¹, como as lesões pré-natais¹², questões inerentes a atividades de risco¹³, que envolvam direitos fundamentais, direitos transindividuais, entre

⁸ “A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio” (BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 36, julho/agosto de 2005, p. 12), o que, adiantamos desde já, está longe de significar que sirva para a busca da “verdade” no processo, por absoluta impossibilidade lógica (cf. MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. *A Expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Alcoforado (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004). Para Michele Taruffo, apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico (La prova dei fatti giuridici. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni (coord). Milão: Giuffrè, 1992, pp. 143 e ss. vol. III, t. 2, sez. 1), já que “a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos”, sendo que “o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão” (entrevista publicada na tradução espanhola de sua obra antes citada: *La Prueba de los Hechos* (trad., Jordi Ferrer Beltrán. *Madri: Trotta, 2002, p. 525*).

⁹ Como corretamente disse Eduardo Couture, a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa (Ob. cit., p. 48).

¹⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

¹¹ MORELLO, Augusto M. *Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Na teoria da argumentação, fala-se ainda em “casos trágicos”, em que “não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema” ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Toulmin, MacCormik, Alexy e outros. Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.). São Paulo: Landy, 2000, p. 335.

¹² WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985, pp. 242/243.

¹³ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005, pp. 127/128.

outros, para os quais as regras ortodoxas de distribuição do ônus da prova são insuficientes e, se aplicadas, levarão a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça.

2. ÔNUS DA PROVA: GENERALIDADES

O ônus da prova¹⁴, cujo estudo foi considerado a coluna vertebral do processo civil¹⁵, possui como idéia básica, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício¹⁶, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes.

As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória.

Diversos fatores, como as presunções legais¹⁷ e o comportamento das partes¹⁸, podem influir no encargo de produção da prova, mas, ainda assim, pode-se chegar ao final do processo sem que os fatos relevantes estejam esclarecidos.

¹⁴ Em clássica passagem, James Goldschmidt considerou ônus como sendo um “imperativo do interesse próprio”, transmitindo uma idéia relacionada a situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade (*Derecho Procesal Civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Labor, 1936, p. 203). Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevidéu/Buenos Aires, B de F, 2002 (um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Pedro Ferreira Múrias: *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000). MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil. *Revista Jurídica n° 343*. Porto Alegre: Notadez, maio de 2006. Embora não o tenhamos consultado diretamente, deve ser mencionado o estudo clássico de Soares de Faria, por sua importância no desenvolvimento do tema no país: *Principais Teorias Relativas ao Onus Probandi*. São Paulo: RT, 1936.

¹⁵ ROSENBERG. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Angela Romera Vera (trad.). Tomo II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 228.

¹⁶ Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 64/66). O aspecto “motivacional” é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras citadas na nota acima (pp. 139/152 e pp. 185/190, respectivamente).

¹⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n° 36, julho/agosto de 2005. ARENHART, ob. cit., pp. 47/48. Sobre o tema, especificamente relacionado às ações de paternidade, vale mencionar interessante obra coletiva coordenada por Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei: *Prova, Exame Médico e Presunção - O art. 232 do Código Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

¹⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA. *La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño)*. *Revista de Processo*, n° 113, RT, janeiro/fevereiro de 2004.

Mesmo com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz¹⁹, pode persistir uma incerteza fática que exija a utilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de direito²⁰, as regras sobre o ônus probatório são uma consequência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática. Ou seja: o ônus da prova se planta no terreno da dúvida²¹.

A persistência de um insuficiente material probatório, portanto, compele o juiz a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, espécie de *ultima ratio* que lhe permite sair de uma situação embaraçosa, constituindo verdadeira tábua de salvação²².

O descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável - assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da pretensão -, já que a prova suficiente pode ser trazida pelo processo pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público, mas pode significar o aumento do risco de uma decisão desfavorável, razão pela qual as partes devem estar cientes das regras de distribuição²³.

A idéia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, chegando ROSENBERG a elaborar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual²⁴.

É essa, basicamente, a doutrina inspiradora do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, em que são fixadas as regras gerais sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto²⁵.

Como veremos nos itens seguintes, esse regramento é insuficiente e não atende às especificidades dos casos concretos e do direito material, tratando estática e uniformemente situações diferenciadas.

¹⁹ Sobre os poderes instrutórios do juiz, vale conferir os textos de Barbosa Moreira incluídos na já citada quarta série de seus Temas: O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo; Sobre a “participação” do juiz no processo civil. Mais recentemente, do mesmo autor: O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº5, agosto de 2003. Confirmam-se, ainda: BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP e o REsp 151924/PR.

²⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Angela Romera Vera (trad.). Tomo II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 221.

²¹ Cf. BADARÓ. Ob. cit. pp. 27/28.

²² BARBOSA MOREIRA. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 79/80.

²³ MARINONI. *Teoria Geral...cit.*, p. 328.

²⁴ *Tratado...cit.*, p. 222.

²⁵ Na linha, aliás, do pensamento de Rosenberg (*Tratado...cit.*, p. 227).

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: PROVA E ACESSO À JUSTIÇA

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou CANOTILHO a propor o deslocamento do direito à prova “*do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional*”²⁶, identificando uma carência de estudos nessa perspectiva²⁷.

Realmente, à garantia constitucional da tutela de um direito afirmado em juízo segue-se a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo judiciário²⁸. O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova²⁹, considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo³⁰.

Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental.

Em suma, “*a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça*”³¹, restringindo-se indevidamente o exercício de um direito fundamental³², não sendo ocioso lembrar que deve ser garantida à parte o direito de participar do processo influenciando seu resultado³³.

²⁶ CANOTILHO. O ônus...cit., p. 170. Cf., ainda, SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *passim*.

²⁷ “*Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova*” (CANOTILHO. O ônus...cit., p. 169).

²⁸ Cf. MARINONI. *Teoria Geral...cit.*, p. 215.

²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. 2001.

³⁰ DINAMARCO, p. 47. Na certa lição de Luiz Guilherme Marinoni, “*o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade*” (*Teoria Geral...cit.*, p. 310).

³¹ KNJNJK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 943.

³² O tema das restrições aos direitos fundamentais é vasto e possui alta complexidade, não cabendo ser analisado nesse espaço, razão pela qual nos remetemos a trabalhos sobre o tema, onde se encontrarão outras referências: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³³ “*A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental*” (OLIVEIRA. O Processo Civil...cit.).

4. A INVERSÃO JUDICIAL GENÉRICA DO ÔNUS DA PROVA

A inversão ou modificação³⁴ do ônus da prova à luz das circunstâncias do caso concreto é prevista basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor e enseja diversas controvérsias³⁵, sendo relevante para nosso estudo tratar apenas da finalidade do dispositivo e de algumas repercussões de sua aplicação.

Essa previsão rompe com a idéia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinarem as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe de sua situação econômica.³⁶

O momento da inversão do ônus da prova depende do convencimento³⁷ do juiz e, normalmente, entende-se que somente ocorre quando da prolação da sentença³⁸.

Mais complexa é a análise do campo de aplicação da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Com efeito, havendo basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor uma regra que permita a inversão judicial do ônus da prova, uma análise superficial do tema levaria à conclusão de que se trata de possibilidade confinada às relações de consumo, não se aplicando

³⁴ Sérgio Cruz Arenhart, no trabalho citado na nota 12, sustenta a preferência pela expressão “modificação do ônus da prova”, por não se tratar de verdadeira “inversão”. Embora suas objeções sejam razoáveis, manteremos a denominação tradicionalmente utilizada na bibliografia pátria.

³⁵ Interessante exame de vários problemas relacionados com o tema, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, pode ser encontrado em: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *RT*, nº 807, janeiro de 2003. Também vale conferir a exposição panorâmica feita por André Bonelli Rebouças: *Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*: Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁶ Cf. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Cândido Rangel Dinamarco entende que, se o Ministério Público for o autor de uma ação envolvendo relação de consumo, não haverá inversão do ônus da prova por não haver hipossuficiência (ob. cit., p. 80). Não concordamos com essa posição por ao menos dois motivos: 1) a inversão pode ocorrer também em razão da verossimilhança das alegações (embora não seja esta uma autêntica hipótese de inversão, mas assim é considerada pela lei) e não só da hipossuficiência; 2) a hipossuficiência não é só econômica, podendo haver hipóteses em que, por exemplo, questões técnicas exijam a inversão para a efetiva tutela dos direitos. Nesse sentido: SOARES. Ob. cit., pp. 241 e seguintes.

³⁷ “Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar”. MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf, acessado em 30/06/2006.

³⁸ WATANABE. Ob. cit., p. 796-797. Entretanto, vem tendo boa acolhida a idéia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes. Boa análise do tema por Carlos Roberto Barbosa Moreira: Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, nº 86, RT, abril/junho de 1997, pp. 305/308. Dinamarco entende que a efetiva inversão do ônus da prova é realizada no momento da decisão, mas o juiz deve advertir as partes sobre seus ônus probatório e sobre a possibilidade de inversão, como decorrência do disposto no art. 331, parágrafo 2º do Código de Processo Civil (ob. cit., pp. 81/82). Aproximadamente no mesmo sentido, entendendo que essa advertência se trata de “boa política judiciária”.

em nenhuma outra hipótese, já que toda exceção deve ser interpretada restritivamente³⁹.

Entretanto, em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo⁴⁰. Raciocinar de maneira diversa seria o mesmo que reconhecer que somente as relações de consumo merecem tratamento diferenciado, o que é um lamentável desvio de perspectiva⁴¹.

Como bem observa LUIZ GUILHERME MARINONI,

há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: i) ou admitiríamos que apenas as relações de consumo podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; ii) ou teríamos que aceitar que outras situações de direito substancial, ainda que tão características quanto as pertinentes às relações de consumo, não admitem tal tratamento diferenciado apenas porque o juiz não está autorizado pela lei.⁴²

Na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em

³⁹ O Superior Tribunal de Justiça dá sinais de que sufragará o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento: “Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido (REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007 p. 220). “Recurso especial. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Regra de julgamento.- A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento.- Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal”. (REsp 949.000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008).

⁴⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da AJURIS* nº 90. Porto Alegre: AJURIS, junho de 2003.

⁴¹ Recente reforma legislativa também privilegiou somente as relações de consumo, ao permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, possa ser declarada de ofício pelo juiz (parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil). Correta a abordagem de Daniel Amorim Assumpção Neves: “é absolutamente defensável a tese de que a hipossuficiência do consumidor que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificado em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre, por exemplo, com o incapaz ou com a mulher casada. É inegável que a distribuição de petição inicial em foro muito distante do competente, com o intuito de prejudicar o exercício da ampla defesa por parte do réu, também poderá ocorrer em situações alheias às relações de consumo. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos do autos nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de consumo, devem também ser contempladas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. RAMOS Glauco Gumerato. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 414).

⁴² Formação da convicção...cit.

que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa⁴³.

Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que “*tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador*”.⁴⁴.

Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objeta-se com a exigência de necessidade de lei⁴⁵, sob pena de “*grave violação*” do devido processo legal⁴⁶. Entretanto, a inversão do ônus da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilitar o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deve haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade⁴⁷, e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo *provando*⁴⁸.

⁴³ GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, nº 128, RT, outubro de 2005, p. 48. Ainda, do mesmo autor: A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, p. 369.

⁴⁴ Cf. MARINONI. Prova e simulação. Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/02.pdf, acessado em 30/06/06. Também favorável à extensão da regra da inversão: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A Inversão do Ônus da Prova como Garantia Constitucional do Devido Processo Legal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 96/105.

⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça faz uma interessante distinção para efeitos de distribuição de ônus da prova, sem respaldo legal evidente, mas sim fático: “*Embargos de divergência em Recurso Especial. Justiça gratuita. Concessão do benefício. Pessoa jurídica. Alegação de situação econômica-financeira precária. Necessidade de comprovação mediante apresentação de documentos. Inversão do onus probandi. I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o onus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc. IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V- Embargos de divergência rejeitados.*” (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJ 22.09.2003 p. 252).

⁴⁶ LEONARDO. Ob. cit., p. 222. Para Rui Manuel de Freitas Rangel, “*a maior ou menor dificuldade de produção da prova não deve, por si só, justificar a inversão do ônus da prova, sob pena de se desvirtuar a natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador; o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito*” (ob. cit., p. 192). Como já anotado, Rosenberg era peremptoriamente contrário à distribuição concreta do ônus da prova, por violar a segurança jurídica (*La Carga...cit.*, pp. 84/85).

⁴⁷ Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

⁴⁸ Cf. CAMBI. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 38.

Em síntese, como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.

5. A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada “teoria dinâmica do ônus da prova”⁴⁹. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo processualista argentino JORGE W. PEYRANO, mas não revela uma idéia absolutamente original⁵⁰, nem mesmo uma vinculação com essa nomenclatura, embora possa se dizer que possivelmente a idéia subjacente a essa teoria será mesmo conhecida como distribuição “dinâmica” do ônus da prova.

A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la⁵¹.

⁴⁹ Até onde pudemos verificar, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, pp. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, pp. 340/346. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, pp. 519/522. SOARES, Fábio Costa. Ob. cit., pp. 176/182. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação “modificação necessária” do regime do ônus da prova (ob. cit., pp. 52/57). Ada Pellegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord). São Paulo: RT, 2005, p. 14). Jurandir Sebastião demonstra a importância do papel do Advogado na instrução do processo e a compatibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova: “A Responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova”, publicado na *Revista Jurídica UNIJUS*, nº 13. Uberaba: Universidade de Uberaba/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, novembro/2007, pp. 13/40. Confira-se também o trabalho de AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. “A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil”, *Revista Jurídica UNIJUS*, nº 14. Uberaba: Universidade de Uberaba/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, maio/2008, pp. 15/30.

⁵⁰ Alexandre Câmara vê sua origem remota na obra de Bentham (ob. cit., p. 13), no que é acompanhado por Maximiliano García Grande (*Las Cargas Probatorias Dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 45). Inês Lépori White menciona que em 1957 a Corte Suprema da Argentina já havia decidido com base em critérios “dinâmicos” (Cargas Probatorias Dinámicas. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 71) e Maximiliano García Grande cita como precedente mais remoto um julgado de 1933 (ob. cit., p. 47). Entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância da formulação e da divulgação das idéias que decorrerão dessa formulação doutrinária para o incremento do debate sobre a distribuição do ônus da prova. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande.

⁵¹ É interessante que, para saber quem está em melhores condições de produzir a prova, pode haver necessidade de instrução (BARBERIO, Sergio. Cargas probatorias dinamicas: que debe proba rel que no puede probar? *Cargas... cit.*, p. 102).

Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Trata-se de uma teoria excepcional e residual⁵², que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência⁵³ dos sujeitos envolvidos.

DALL'AGNOL JUNIOR, em interessante síntese, entende que, por essa teoria

[...] há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a “ natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.⁵⁴

Na jurisprudência brasileira já se encontram exemplos da aplicação dessa teoria⁵⁵ e pode-se dizer que a idéia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova⁵⁶. Na Espanha, já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes⁵⁷, sendo que o artigo 217.6 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê regras complementares ao princípio geral de distribuição do ônus da prova, levando em consideração a facilidade e a disponibilidade da produção da prova⁵⁸.

⁵² PEYRANO, Jorge. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir en materia jurídica. *Cargas...cit.*, p. 87.

⁵³ Entendendo que a inversão só deve ocorrer na sentença, sem que se possa falar em surpresa às partes: WHITE. *Ob. cit.*, p. 73.

⁵⁴ DALL'AGNOL JUNIOR, *ob. cit.*, p. 98.

⁵⁵ Cf. DALL'AGNOL JUNIOR, *ob. Cit.*, pp. 100/106. Na Argentina a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (cf. *Cargas...cit.*, *passim*).

⁵⁶ MACHADO JR., César. *O Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 145. No processo do trabalho, aliás, a interpretação sobre a distribuição do ônus da prova é peculiar. Entendendo haver “colisão frontal” entre o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, Manoel Antonio Teixeira Filho considera que na interpretação desse artigo específico está o fundamento para justificar a inversão do ônus da prova em prol do trabalhador, em virtude da desigualdade material existente entre as partes. Segundo esse autor, o artigo 333 do Código de Processo Civil é uma “presença incômoda” que deve ser proscrita do processo do trabalho, representando uma abstração da realidade prática (*A Prova no Processo do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003, pp. 120/126). Para César Machado JR., embora não haja substancial diferença entre os mencionados diplomas legais, entende que o regramento é insuficiente para resolver a questão da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, parecendo-lhe que, face a finalidade protetiva do direito do trabalho, todo o ônus da prova deveria ser do empregador (*Ob. cit.*, pp. 126/128 e 135. Na nota 29 da página 135, César Machado Jr. transcreve a seguinte ementa: “Ônus da prova. É sempre do empregador quando se discute o cumprimento de direitos previstos na legislação do trabalho. Inspira cuidados a decisão que transfere para o empregado o ônus de provar que não recebeu salário, que não teve folga semanal, que não teve intervalo de descanso, ou que o FGTS não foi recolhido. Presumir o cumprimento das leis sociais pelo empregador é como dar vida a uma convenção nula” - TRT/SP, 02990138239 RO, Ac. 9ª T. 20000143426, Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, DOE 18.04.00).

⁵⁷ Cf. AROCA. *Ob. cit.*, p. 121.

⁵⁸ *Idem*, pp. 121/123.

Embora admita a adoção dessa teoria no direito brasileiro, DANILO KNIJNIK aponta que devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio diabolica* inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório⁵⁹. Concordamos com essas ponderações, mas nos parece que são limites que devem ser impostos a qualquer teoria, já que, em última análise, o autor propugna uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição.

A adoção dessa teoria enseja outros problemas, como a possibilidade de desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova⁶⁰, mas nos parece ser a que melhor serve para o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais.

Embora não encontre norma legal explícita em nosso ordenamento, a inversão dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios⁶¹: igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça.

Mesmo sem utilizarem a expressão *teoria dinâmica*, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART defendem essa mesma idéia:

[...] na verdade, deve ter o ônus de provar, de acordo com as peculiaridades da situação concreta, aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer, exatamente, que, nas situações em que o autor não pode provar o que alega, o juiz deve inverter o ônus da prova, esteja ele diante de uma relação de consumo ou não.⁶²

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as diversas desigualdades existentes entre os litigantes, certamente a distribuição do ônus da prova pode ser, antes de um fator de agravamento dessa desigualdade, uma forma de amenizar a disparidade real existente no processo.

Por mais que se acredite que o processo seja inspirado pela boa-fé⁶³ objetiva,

⁵⁹ Ob. cit., pp., 947/948.

⁶⁰ Cf. PEYRANO, Jorge. Nuevos delineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *Cargas...*, cit., p. 21.

⁶¹ Cf. DIDIER JR. *Curso...cit.*, p. 521.

⁶² *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, tomo I. São Paulo: RT, 2000, p. 205.

⁶³ Sobre o princípio da boa-fé e suas várias facetas e repercussões nos campos do Direito, inclusive no campo processual, confira-se uma interessante obra coletiva, editada em dois volumes: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Marcos M. Cordoba (dir.). Lidia M. Garrido Cordobera e Viviane Kluger (coord.). Buenos Aires: La Ley, 2005. Mencione-se, ainda, o trabalho de Brunela Vieira de Vincenzi: *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

cooperação⁶⁴ e solidariedade entre os sujeitos que o compõem, e mesmo admitindo que o juiz use efetiva e corretamente de seus amplos poderes instrutórios, o certo é que a regra estática da distribuição do ônus da prova estimula a acomodação da parte ré, quando se sabe que a prova dos fatos constitutivos pelo autor é extremamente difícil, incentivando sua inércia⁶⁵, passando a ser mera espectadora processual.

A fixação prévia e rígida das regras de distribuição pode provocar comportamentos “estratégicos” dos litigantes, o que, em última análise, pode afetar a tutela dos direitos.

As regras de distribuição do ônus da prova podem de antemão traçar a sorte dos litigantes e, nessa medida, estão umbilicalmente ligadas ao acesso à justiça.

Aquele que vai ao judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuem a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador.

Para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

Em conclusão, “quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito”, devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se “soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias”⁶⁶.

7. Riassunto:

Il saggio tratta della tutela giurisdizionale effettiva in una prospettiva costituzionale, con esami delle regole sull'onere della prova nel processo civile e se propone a dimostrare la necessità di una nuova mentalità ispirata alla tutela dei diritti.

Parole chiave: Diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva. Onere della prova.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil. *Revista Jurídica* n° 343. Porto Alegre: Notadez, maio de 2006.

AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. “A Aplicabilidade Da Teoria Dinâmica De Distribuição Do Ônus Da Prova No Processo Civil”. *Revista Jurídica UNIJUS*, n° 14, p. 15-30. Uberaba: Universidade de Uberaba/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, maio/2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São

⁶⁴ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de junho de 2006.

⁶⁵ Cf. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 206.

⁶⁶ CANOTILHO. O ônus...cit., p. 175.

Paulo: RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 36, julho/agosto de 2005.

_____. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. 2001.

_____. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *RT*, nº 807, janeiro de 2003.

DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, nº 128, RT, outubro de 2005.

_____. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos.

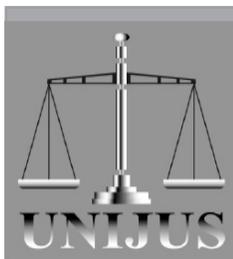
LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. *A Expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Alcoforado (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003.

LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.

- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da AJURIS* nº 90. Porto Alegre: AJURIS, junho de 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em www.professormarinoni.com.br.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004.
- MORELLO, Augusto M. *Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, disponível em www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001. PEYRANO, Jorge W. (dir.). WHITE, Inês Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevidéu/Buenos Aires, B de F, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SEBASTIÃO, Jurandir. “A Responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova”. *Revista Jurídica UNIJUS*, nº 13, p. 13-40. Uberaba: Universidade de Uberaba/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, novembro/2007.
- SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni (coord). Milão: Giuffrè, 1992, pp. 143 e ss. vol. III, t. 2, sez. 1.
- WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.



A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Guilherme Berto Nascimento Fachinelli¹

Resumo:

O presente trabalho versa sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, em razão da força normativa dos princípios que imperam em nosso atual ordenamento jurídico. Também fazemos sucinta análise da ação penal e suas espécies. O princípio da obrigatoriedade é abordado de forma especial para demonstrar que o processo penal brasileiro o adotou como regra, o que, por consequência, obriga o Ministério Público a propor a ação penal competente, observados os pressupostos legais. Após o registro, em linhas gerais, do princípio da obrigatoriedade no direito comparado, e de análise dos contornos da mitigação desse princípio, apontamos a divisão existente na doutrina brasileira: uma corrente doutrinária afirmando ser inaplicável o princípio da mitigação; outra, defendendo a aplicação desse princípio. Com base nessas análises, nossa conclusão se opera em favor da mitigação.

Palavras-chave: Princípio da Obrigatoriedade. Mitigação. Ação Penal Pública.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Dos Princípios – 3. Da Ação Penal – 3.1. Da Ação Penal Pública Incondicionada – 3.2. Da Ação Penal Pública Condicionada – 3.3. Da Ação Penal Privada – 3.3.1. Da Ação Penal Privada subsidiária da Pública – 4. O Princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 4.1. O direito comparado e o princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 5. A Mitigação do princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública e sua visão doutrinária no Ordenamento Jurídico Brasileiro – 5.1. Da posição doutrinária que defende a inexistência de mitigação do princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 5.2. Da posição doutrinária que defende a mitigação do princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 6. Considerações finais – 7. *Resumen* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, analisar-se-á o princípio da obrigatoriedade, oriundo do artigo 24 do Código de Processo Penal, que dispõe, implicitamente, sobre a obrigação de o Ministério Público promover a ação penal pública. A consequência lógica em discutir referido tema é observar a morosidade da prestação jurisdicional nos dias atuais, fato gerado com o crescimento vultoso das infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo e sobre como o Judiciário deve oferecer a eles um tratamento inovador, com o escopo de abrir espaço para enfrentar e combater a macrocriminalidade.

Diante da realidade fática atual, em que se observa o aumento da criminalidade e que o modelo processual penal vigente no direito pátrio se mostra cada vez mais anacrônico, os operadores do direito não podem ficar inertes, mas devem buscar oferecer um tratamento

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Uberaba – 10º período.



inovador às infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo. O aludido tratamento inovador é medida de urgência, a fim de travar, desde logo, um efetivo combate contra o conservadorismo, o puritanismo e o individualismo que permeiam o modelo processual pátrio, verdadeiros resquícios de um Estado de Direito que não se amolda ao paradigma do Estado Democrático de Direito, que foi estabelecido na Constituição da República de 1988. Feitas essas considerações, observa-se, ainda, por intermédio do presente artigo, que o direito pátrio se encontra desconectado do Estado Democrático de Direito, pois o atual sistema jurídico tem como pólo central o patrimônio, o conflito e a competição. Nessa linha de raciocínio, repita-se, o sistema jurídico brasileiro, em especial o direito processual penal, não se coaduna com os fundamentos e princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, após uma análise curial, será constatado que se mitigou o princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, tema central deste trabalho, com o objetivo de adequar o modelo processual penal vigente ao paradigma constitucional e, assim, proporcionar uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Num primeiro momento, serão lançados alguns apontamentos acerca dos princípios, especificamente no que se refere a sua força normativa. Posteriormente, efetuar-se-á uma análise da Ação Penal Pública e suas espécies, para depois discorrer sobre o princípio da obrigatoriedade, bem como o modo com que é visto pelo direito comparado. Por fim, será feita uma exposição sobre o modo pelo qual a doutrina no Brasil enxerga a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Neste tópico, será esclarecido que o artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988, ao prever a criação dos Juizados Especiais – instituídos em todo território nacional pela Lei 9.099/95 – trouxe a mitigação expressa ao princípio da obrigatoriedade, cerne deste trabalho.

2. DOS PRINCÍPIOS

A Constituição da República de 1988 e o Código de Processo Penal trazem em seus textos uma gama de princípios, sendo alguns deles específicos do processo penal brasileiro. Uns estão inequivocamente explicitados nos aludidos textos. Outros se encontram permeados implicitamente nas normas constitucionais e processuais. Os princípios constitucionais, processuais ou de direito material, devem ser entendidos como o fundamento de todo ordenamento jurídico, pois eles expressam verdades jurídicas universais. Ou seja, os princípios são disposições que podem estar inseridas de forma expressa ou implícita no texto legal, uma vez que corporificam o núcleo do ordenamento jurídico. Mister evidenciar que os princípios possuem um caráter de abstração e generalidade muito maior do que as normas, razão pela qual na maioria das vezes não aparecem expressos nos diplomas legais. Faz-se necessário abordar a questão referente a força normativa dos princípios, a qual deve ser estudada sobre a perspectiva da teoria do bloco constitucional². Referida teoria traz um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais que não estão positivados na Constituição, o que, por resultado, oferece força normativa aos princípios da ordem jurídica e impõe a aplicação efetiva destes, em virtude do princípio da supremacia da constituição.

² Aqui, adota-se a lição de Gisela Maria Bester (2005, p. 78 e 79), segundo a qual “A idéia de bloco evoca a de solidez e de unidade, de conjunto que não pode ser dividido e serve principalmente para designar as normas não inscritas nos textos constitucionais. (...) Esta noção de bloco de constitucionalidade, que forma uma unidade e não pode ser rompido ou dividido, é extremamente importante para afirmar normatividade ao Preâmbulo constitucional, que assim adquire uma força normativa própria pelo fato de pertencer a um conjunto normativo que deve ser lido, interpretado e aplicado como todo unitário, como um bloco monolítico e harmônico”.

A teoria do bloco constitucional, por sua vez, deve ser aplicada por analogia às normas infraconstitucionais, como, por exemplo, o Código de Processo Penal, a fim de conferir força normativa aos princípios que alicerçam todos os comandos normativos. Não há dúvidas de que os princípios têm força normativa apta a vincular a aplicação do direito por seus operadores. Outra matéria conturbada na doutrina se refere à possibilidade de classificar os princípios como normas. Aqui a discussão muda, e o enfoque central não é mais pacificar a idéia de que os princípios têm ou não força normativa, pois, como demonstrado, eles são dotados desse caráter. Não obstante a divergência havida sobre a questão, a professora Bester³ menciona Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, os quais, em seus magistérios, solucionam a divergência e demonstram com clareza que os princípios são espécies de normas. Confira-se:

Conforme a distinção operada pelo professor alemão Robert Alexy, **os princípios também são normas, uma vez que as normas compreendem as regras e os princípios, sendo estes últimos, portanto, espécies de normas.** Também Canotilho se filia a esta classificação [...]. Em Canotilho as distinções entre regras e princípios são apresentadas segundo vários critérios, seguindo autores norte-americanos (Dworkin), alemães (Esser, Larenz e Canaris) e italianos (Guastini):

a) *0 Grau de abstração*: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) *Grau de determinação* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direitos: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)

d) *'Proximidade' da idéia de direitos*: os princípios são 'standards' [padrões] juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base e constituem a *ratio* [razão] de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. **(grifos atuais)**

Assim, como se infere do excerto acima, os princípios são espécies de normas, haja vista que estas contêm em seu bojo regras e princípios, os quais podem estar explícitos ou implícitos no texto legal.

3. DA AÇÃO PENAL

Como o presente trabalho versa sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, necessário se faz delimitar e analisar as espécies desta. O homem, por intermédio do direito, já há algum tempo resolveu por bem coibir a autotutela, isto é,

³ BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional, v. 1: Fundamentos Teóricos, São Paulo: Manole, 2005, p. 266.



proibiu que a justiça fosse feita pelas próprias mãos do ofendido, o que, por corolário, forçou o ser humano a usar o processo para tutelar seus direitos. Assim, na perspectiva de que o direito é a alternativa que o mundo concebeu contra a força bruta, nasceu a concepção de ação. A ação penal, em linhas preliminares, é o meio que o Estado-Juiz obteve para aplicar o direito penal objetivo aos infratores das normas penais, bem como se consubstancia como um direito público subjetivo do Estado-Administração, titular exclusivo do poder-dever de aplicar reprimendas aos referidos delinquentes, a fim de pugnar, por intermédio do Ministério Público ou outras vezes pelo particular, ao Estado-Juiz a aplicação das normas repressivas pátrias, com o escopo de ver satisfeita a pretensão punitiva do Estado. Vale trazer o conceito de ação penal formulado por Jardim⁴: “[...] ação penal é um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado, em face de uma determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processo penal.”

Após os apontamentos acima, infere-se que as características marcantes da ação penal são: ser autônoma, pois não se mistura com o direito material tutelado; ser abstrata, subjetiva e pública, seja por não se vincular com o deslinde do processo, seja pelo fato de seus titulares poderem exigir a devida prestação jurisdicional, que é de natureza pública. Como dito alhures, a ação penal é gênero que comporta algumas espécies, quais sejam: a ação penal pública incondicionada; a ação penal pública condicionada; a ação penal privada; e a ação penal privada subsidiária da pública, as quais encontram respaldo legal no artigo 100 do Código Penal Brasileiro, que demonstra ser a ação penal pública a regra geral, e as outras, a exceção. Nesse sentido, leciona Pacelli⁵:

O critério de atribuição de legitimação ativa para a ação penal, é dizer, o critério de definição da natureza da ação, se pública ou privada, decorre da lei. Por isso, atualmente, nos termos do art. 100 do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Conclui-se que, quando a lei ficar silente, a ação a ser intentada é a pública incondicionada. Porém, caso haja disposição legal em contrário, ela poderá ser condicionada ou de iniciativa privada, o que poderá ser constatado pela leitura dos dispositivos legais a serem aplicados, os quais indicarão qual o sujeito de direito que detém a titularidade para sua propositura. Feitas essas considerações, de rigor discorrer sobre as espécies de ação penal no direito brasileiro.

3.1 Da Ação Penal Pública Incondicionada

A ação penal pública incondicionada é a promovida pelo Ministério Público independentemente da vontade ou interferência de terceiros, sendo exigido tão-somente que se façam presentes as condições da ação, como a legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a justa causa. Traçadas as linhas gerais do que seja a ação penal pública incondicionada, mister buscar o conceito oferecido por Mirabete⁶:

Em princípio toda ação penal é pública, pois ela é um direito subjetivo perante o Estado-Juiz. A distinção que se faz de ação pública e ação privada se estabelece em razão da legitimidade para agir: se é promovida pelo próprio Estado-

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 34.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 108.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 96.

Administração, por intermédio do Ministério Público, é ela ação penal pública; se a lei defere o direito à vítima, é ação penal privada.

Do conceito acima se extraem três verdades sobre o instituto da ação penal pública incondicionada. A primeira é no sentido de ela ser um direito subjetivo de seu titular; a segunda, que é a regra no processo penal brasileiro; e a terceira, que sua titularidade é exercida com exclusividade pelo Ministério Público. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso I, afirma que é função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública incondicionada, ou seja, o *parquet* é o único titular da ação penal pública. O Ministério Público, seja no âmbito estadual, federal ou militar, é o Estado-Administração, que, por intermédio dos seus órgãos de execução, representados pelos promotores e procuradores de justiça, deduzirão a pretensão punitiva do Estado. Nesse prisma, Bitencourt⁷ leciona que a regra geral é que a ação penal seja pública incondicionada, isto é, basta o Ministério Público constatar a prática de um crime para que promova a ação penal. Vale frisar que a ação penal pública incondicionada possui este nome porque o exercício do direito de ação dispensa a existência de qualquer condição específica.

3.2 Da Ação Penal Pública Condicionada

A ação penal pública condicionada encontra fundamento no parágrafo 1º, do artigo 100, do Código Penal, o qual dispõe que o legitimado para o ajuizamento desta ação será o Ministério Público. Porém tal artigo impõe algumas condições, como a necessidade de que terceiros intervenham para que esta possa ser proposta. As condições a serem observadas pelo *parquet*, quando do ajuizamento da ação, são qualificadas como condições suspensivas de procedibilidade, tendo em vista que a ação não poderá ser proposta sem a observância delas, sob pena de nulidade, conforme preceitua o artigo 564, inciso III, alínea 'a', do Código de Processo Penal Brasileiro. Essas condições são: a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça. Após essas considerações, mister observar o conceito construído por Capez:

É aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Essa condição tanto pode ser a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal (representação), como também a requisição do Ministro da Justiça [...]

Mas, mesmo nesses casos a ação penal continua sendo *pública*, exclusiva do Ministério Público, cuja atividade fica apenas subordinada a uma daquelas condições (CPP, art. 24; CP, art. 100, parágrafo 1º)⁸. Como dito, a primeira condição exigida pela lei é a representação do ofendido, que se consubstancia numa espécie de autorização para ver instaurada a persecução penal. A legislação pátria exige que o ofendido, seu representante legal ou seu curador manifeste o desejo de que o Estado desencadeie a persecução criminal, a depender da situação. Um exemplo disso ocorre nos crimes contra os costumes, em que a repressão do ato delituoso pode deixar na vítima seqüelas maiores do que as próprias conseqüências do crime contra ela perpetrado. O prazo para representação da vítima é de 6 (seis) meses, conforme dispõem os artigos 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, prazo este que será contado a partir do momento em que os legitimados para representar tomem conhecimento de quem é o autor do delito. De bom alvitre salientar que a representação da vítima não compele o Ministério

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

Público a ajuizar a ação penal, como no caso de ausência de uma das condições da ação, por exemplo. A segunda condição imposta, quando for o caso, é a requisição do Ministro da Justiça, que foi definida na doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete⁹ como sendo:

[...] condição de procedibilidade, é um ato administrativo, discricionário e irrevogável, que deve conter a manifestação de vontade para a instauração da ação penal [...]. Tem sua razão de ser por se atender, com sua imprescritibilidade, às razões de **ordem política** que subordinam a ação penal pública em casos específicos a pronunciamento do ministro.

Do excerto acima se extrai que a requisição é um ato político, em que a própria lei indica quando esse instituto será utilizado, haja vista sua excepcionalidade. No que tange ao prazo para a requisição ministerial, a legislação pátria manteve-se omissa, razão pela qual a posição hoje é na diretriz que poderá ser feita a qualquer momento, desde que o crime não esteja prescrito. Em último lugar, importa observar que a requisição feita pelo Ministro da Justiça também não implica necessariamente a propositura da ação penal, pois, *verbi gratia*, o delito pode ser atípico.

3.3 Da Ação Penal Privada

A ação penal privada subdivide-se em três espécies, quais sejam: a exclusiva, a personalíssima e a subsidiária da ação pública. Esta última será tratada em tópico próprio, em razão de suas peculiaridades. Entretanto, antes de traçar as diferenças entre as aludidas espécies, cumpre trazer o conceito de Fernando Capez¹⁰ sobre ação penal privada:

É aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal. A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa. Nesta, a tem o órgão do Ministério Público, com exclusividade (CF, art. 129, I); naquela, o ofendido ou quem por ele de direito. Mesmo na ação privada, o Estado continua sendo único titular do direito de punir e, portanto, da pretensão punitiva. Apenas por razões de política criminal é que ele outorga o direito de ação. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, ou substituição processual, pois o ofendido, ao exercer a queixa, defende um interesse alheio (do Estado na repressão dos delitos) em nome próprio.

A ação penal exclusivamente privada encontra arrimo no parágrafo 2º, do artigo 100 do Código Penal, que assim aduz: “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”. E, também, no parágrafo 4º, desse mesmo artigo 100: “No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Deduz-se que a ação privada exclusiva é aquela ajuizada pelo ofendido, e, na falta deste, por seus representantes legais. Na ação penal privada personalíssima, nos dizeres de Fernando Capez¹¹, “Sua titularidade é atribuída única e exclusivamente ao ofendido, sendo o seu exercício vedado até mesmo ao seu representante legal, inexistindo, ainda, sucessão por

⁹ Obra citada, p. 103.

¹⁰ Obra citada, p. 136-137.

¹¹ Obra citada, p. 140.

morte ou ausência”. Já Fernando da Costa Tourinho Filho¹² define de maneira sintética ação penal privada personalíssima, dizendo que seu “exercício compete, única e exclusivamente, ao ofendido”. No atual ordenamento jurídico pátrio há apenas um delito que se sujeita a este tipo de ação penal, que é o induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, previsto no artigo 236 do Código Penal. Ou seja, nesse crime, se o cônjuge inocente falecer, ninguém mais terá capacidade postulatória. A lição de Tourinho¹³ é precisa:

No crime de que trata o art. 236 do Código Penal, vindo o cônjuge inocente a falecer extingue-se a punibilidade, porquanto não há, nessa hipótese, à maneira do que ocorre na ação penal exclusivamente privada ou privada subsidiária da pública, a sucessão do direito de queixa. Inaplicável o disposto no art. 31 do CPP: somente o cônjuge ofendido é que pode exercer o direito de queixa.

Assim, a legitimação para propositura da ação penal privada personalíssima possui como característica peculiar o fato de somente a vítima poder ajuizá-la.

3.3.1 Da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Conforme mencionado alhures, a ação penal privada subsidiária da pública é uma espécie de ação penal privada, que, em razão de seus contornos ímpares, merece ser tratada em separado. O fundamento legal desta ação encontra-se estampado no parágrafo 3º, do artigo 100 do Código Penal Brasileiro, que dispõe: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.”. A Constituição da República de 1988, por sua vez, em seu artigo 5º, LIX, também previu a propositura desta ação, oferecendo-lhe o *status* de garantia fundamental (relembre-se que os direitos e garantias individuais são tutelados como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, da CF/88), o que demonstra a preocupação da Magna Carta em não permitir que a vítima seja prejudicada pela inércia do Ministério Público (a quem foi conferida a titularidade da Ação Penal). A ação penal privada subsidiária da pública pode ser ajuizada em crime de ação penal pública condicionada ou incondicionada, porém somente na hipótese em que o titular de ambas permaneça inerte. Nesse prisma, leciona Júlio Fabbrini Mirabete¹⁴:

A ação penal subsidiária, ou supletiva, só tem lugar no caso de inércia do órgão do MP, ou seja, quando ele, no prazo que lhe é concedido para oferecer a denúncia, não a apresenta, não requer diligência nem pede o arquivamento. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas (súmula 524 STF) e, em consequência, não cabe a ação privada subsidiária.

Corroborando o excerto supra, de rigor transcrever decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em que o conspicuo relator Ministro Marco Aurélio de Mello (Acórdão publicado no Diário Oficial da União, 13/08/1993, p. 15.676) se manifestou pondo fim a qualquer discussão:

Impossível confundir ato comissivo – a promoção no sentido do arquivamento

¹² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2007, p. 467.

¹³ Obra citada, p. 467-468.

¹⁴ Obra citada, p. 111.

mento – com o omissivo, ou seja, a ausência de apresentação da denúncia no prazo legal. Apenas neste último caso a ordem jurídica indica a legitimação do próprio ofendido – arts. 5º, LIX da Constituição Federal, 29 do Código de Processo Penal e 100, parágrafo 3º, do Código Penal.

Assim, não pairam dúvidas de que somente a inércia do órgão Ministerial dá ensejo à propositura da ação penal privada subsidiária da pública, ou seja, caso o Ministério Público requeira o arquivamento dos autos ou o retorno do procedimento investigatório à delegacia de polícia para que sejam efetuadas novas diligências, não há que se falar no ajuizamento da Ação Subsidiária.

4. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

No sistema processual penal brasileiro, a regra é a ação penal ser pública, o que significa dizer que, identificada a hipótese de atuação, isto é, havendo a subsunção do fato à norma, o *parquet* não pode se negar a inaugurar a ação penal. Resta claro que o processo penal brasileiro adotou o princípio da obrigatoriedade, consoante texto do artigo 24 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, é o magistério de Capez¹⁵:

No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza da indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou utilidade social.

Feitas essas considerações, infere-se que o princípio da obrigatoriedade deve ser compreendido como aquele que impõe a ação do órgão ministerial toda vez que este deparar com a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável. Entretanto, vale ressaltar que o tipo penal pode dispor sobre a necessidade de representação do ofendido, ou facultar à vítima legitimidade de exercer em nome próprio a persecução penal. Uma vez esclarecido o princípio da obrigatoriedade, mister lembrar que a doutrina, como um todo, usa duas nomenclaturas como sinônimas, ao referir-se sobre o mencionado princípio; ora fala-se em legalidade, ora em obrigatoriedade. No presente trabalho elegeu-se a expressão *princípio da obrigatoriedade*, em razão de esta nomenclatura trazer seu significado sob próprio nome. Nesse prisma, Afrânio Silva Jardim¹⁶ é didático em explicar por que a nomenclatura “princípio da obrigatoriedade” é mais correta:

Preferimos usar a expressão princípio da obrigatoriedade, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.

Outro ponto que retrata ter o sistema processual penal brasileiro adotado o princípio da obrigatoriedade, bem como a real preocupação de que ele seja aplicado, é a presença do artigo 28 do Código de Processo Penal Brasileiro, que, em linhas gerais, traz a opção de, caso o magistrado não concorde com o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, aquele poderá remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça para apreciação, a quem caberá a

¹⁵ Obra citada, p. 118.

¹⁶ Obra citada, p. 50-51.

decisão final sobre o oferecimento, ou não, da denúncia. Não restam dúvidas sobre a importância que a legislação brasileira oferece ao princípio da obrigatoriedade, que conforme preceitua o artigo 28 do Código de Processo Penal, o Judiciário irá fiscalizar – exercendo função anômala –, com o fito de garantir sua integral aplicação.

4.1 O Direito Comparado e o Princípio da Obrigatoriedade na Ação Penal Pública

No tópico a seguir serão examinados os sistemas processuais de outros países, ainda que em linhas gerais, a fim de demonstrar que a posição adotada hodiernamente é no sentido de abrandar a obrigatoriedade da ação penal pública. Nesse flanco, Cláudio José Pereira¹⁷ disserta:

[...] reduzir o campo de atuação deste princípio é uma característica dos atuais sistemas penais adotados.

Sob denominação de obrigatoriedade mitigada ou oportunidade restrita, onde a figura das denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, como definidas pelo Direito brasileiro, se submetem a institutos como a transação penal, o princípio da obrigatoriedade aparece com limitações à sua aplicação, em evidente linha de evolução a uma diminuição da intervenção do Estado em questões sociais de menor referência.

Como se verá, em análise superficial e ligeira dos sistemas processuais penais alienígenas, constata-se a adoção do princípio em discussão, sendo de extrema importância ressaltar que uma enorme parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros o aplica como forma de pôr fim a litígios de menor potencial ofensivo. O primeiro sistema a ser analisado será o inglês, que não conta com texto expresso de lei tutelando o princípio da oportunidade, porém vem consagrando-o em sua jurisprudência, como autêntico no sistema da *Common Law*, ao invés da obrigatoriedade da ação penal pública. Assim, é analisada, entre outros aspectos, a gravidade da infração penal, o interesse público em tutelar o bem jurídico lesado, a extensão do dano, as conseqüências da ação penal para o ofendido e as condições do delinqüente infrator da norma penal. A experiência norte-americana também aponta pela adoção da oportunidade, que também não decorre de lei, mas, sim, de julgados da Suprema Corte.

Nos Estados Unidos, a justiça criminal, contrapondo-se à massificação que estava sofrendo, criou o *plea bargaining*, instituto pelo qual o acusado admite sua culpabilidade, conformando-se com a acusação que lhe é imputada, em troca de uma concessão do Estado, o que se consubstancia na expressão viva do princípio da oportunidade. O *plea bargaining* constitui-se numa forma de superação da dureza da lei penal, haja vista que traz uma proposta de solucionar os litígios com mais equidade e justiça. Destarte, quando o órgão acusatório norte-americano se afeiçoou ao *plea bargaining*, visava a concentrar suas forças para combater a macrocriminalidade, bem como premiar os criminosos que colaboravam com a apuração de outras infrações penais.

Em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, a França também é outro país que resolveu deixar de aplicar a obrigatoriedade da ação penal, passando a optar pela oportu-

¹⁷ PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 10.

tunidade. Entretanto, naquele país, a oportunidade para ser aplicada deve levar em conta dois requisitos, quais sejam: quando a produção do acervo probatório se mostrar difícil, ou quando o Judiciário, desde logo, vislumbrar a aplicação reduzida da pena restritiva de liberdade.

Na Alemanha, a oportunidade é aplicada como exceção ao princípio da obrigatoriedade. Naquele país, a oportunidade é utilizada para reprimir situações referentes à diminuta e mediana criminalidade. O Ministério Público alemão tem a faculdade de agir discricionariamente quando a infração penal tiver como objeto jurídico tutelado o patrimônio, porém respeitado os requisitos de os danos serem mínimos e o preceito secundário do tipo penal permanecer no mínimo legal. Contudo, caso exista culpabilidade mínima e ausência de interesse público na persecução criminal, a acusação pública agirá conforme sua convicção, mas necessitará da chancela judicial. Pode-se concluir com o magistério de Jardim¹⁸ sobre o sistema alemão:

Na verdade, a reforma efetivada na Alemanha foi bastante mais ousada, forte na nova escola de política criminal que ali se vem desenvolvendo. A toda evidência, não foi abandonado o princípio da obrigatoriedade, que permanece como regra geral. Nada obstante, ainda que para casos especificados, o princípio da oportunidade está consagrado de modo indelével.

A experiência portuguesa é interessante, tendo em vista que a reforma processual de 1987 se curvou à moderna política criminal que há atualmente no mundo, tanto que levou para seu ordenamento a oportunidade condicionada e a incondicionada. A doutrina de Eduardo Araujo da Silva¹⁹ explica didaticamente como o princípio da obrigatoriedade foi expurgado do sistema português para dar lugar ao princípio da oportunidade. Confira:

Como reflexo da moderna política criminal, a reforma processual penal portuguesa de 1987 introduziu as figuras do *arquivamento em caso de dispensa ou isenção de pena* (art.280) e da *suspensão provisória do processo* (art. 281), as quais têm como requisito comum a culpa diminuta do agente. Tais hipóteses, segundo parte da doutrina portuguesa, correspondem na prática, ao afloramento da chamada *oportunidade incondicionada* e da denominada *oportunidade condicionada*.

Destas ponderações, conclui-se que Portugal também tem atendido o modelo político-criminal atual, qual seja: abrandar a obrigatoriedade da ação penal pública.

A legislação processual italiana, segundo Eduardo Araujo da Silva²⁰, também passou por algumas reformas, que assim foram delineadas por ele:

[...] a recente reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (*Giudizio direttismo – arts. 409 a 452*), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do *consenso* e do procedimento *per decreto*, que muito se assemelha ao procedimento alemão *por ordem penal*.

Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italia-

¹⁸ Obra citada, p. 28.

¹⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação Penal Pública: Princípio da Oportunidade Regrada**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 27.

²⁰ Obra citada, p. 28.

no se encontra hoje numa fase de transição projetada para a redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art. 112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a idéia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação.

Destarte, não ajeitam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade.

Diante de tudo o que foi exposto, observa-se que, no contexto jurídico internacional, o princípio da obrigatoriedade está sendo mitigado nos sistemas processuais penais, em atendimento ao novo paradigma político-criminal que está a fundamentar os sistemas processuais modernos, os quais estão a ventilar soluções alternativas para os conflitos, em regra, de menor potencialidade ofensiva.

Por fim, vale ressaltar que, não obstante o Brasil tenha buscado no direito comparado a inspiração para mitigar o princípio da obrigatoriedade, a legislação pátria adotou características próprias para sua implementação, que se deram com a entrada em vigor da Lei 9.099/95.

5. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA E SUA VISÃO DOUTRINÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de abordar a posição da doutrina brasileira sobre o tema da mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, imprescindível primeiramente discorrer sobre a proposta trazida pela Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais ao ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, não se pode olvidar de ressaltar que o fundamento constitucional da Lei 9.099/95 encontra guarida no artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988, que autorizou a criação dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar os delitos de menor potencialidade ofensiva.

Desse modo, necessário tratar, em linhas gerais, sobre os critérios orientadores do aludido diploma legal, os quais estão traçados no artigo 62, que dispõe: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Destarte, fica evidente que o legislador pátrio trouxe aos processos de competência dos Juizados Especiais Criminais meios de torná-los mais efetivos e úteis àqueles que buscam a tutela jurisdicional.

Nesse enfoque, Pacelli²¹ indica que a Lei 9.099/95 deve ser interpretada “no contexto de um movimento *despenalizador*, ou, ainda, mais especificamente, *desencarcerizador* (tais são os seus propósitos). Esse movimento, [...], procura afastar, quanto possível, a imposição

²¹ Obra citada, p. 580.

da pena privativa de liberdade”.

Ainda, nesse raciocínio, oportuno citar o magistério de Fernando Capez²² sobre os critérios orientadores dos Juizados Criminais. Veja:

O critério informativo dos juizados especiais criminais reside na **busca da reparação dos danos à vítima, da conciliação civil e penal, da não aplicação de pena privativa de liberdade** e na observância dos seguintes princípios:

a) *Oralidade*: significa dizer que os atos processuais serão praticados oralmente. Os atos essenciais serão reduzidos a termo ou transcritos por quaisquer meios. Os demais atos processuais praticados serão gravados, se necessário.

b) *Informalidade*: isso significa dizer que os atos processuais a serem praticados não serão cerceados de rigor formal, de tal sorte, atingida a finalidade do ato, não há que se cogitar da ocorrência de qualquer nulidade. Exemplo: art. 81, parágrafo 3º, da lei dispensa o relatório da sentença.

c) *Economia processual*: corolário da informalidade, significa dizer que os atos processuais devem ser praticados no maior número possível, no menor espaço de tempo e da maneira menos onerosa.

d) *Celeridade*: visa à rapidez na execução dos atos processuais, quebrando as regras formais observáveis nos procedimentos regulados segundo o sistema do Código de Processo Penal.

e) *Finalidade e prejuízo*: para que os atos processuais sejam invalidados, necessária se faz a prova do prejuízo. Isso significa dizer que não vigora no âmbito dos juizados criminais o sistema de nulidades absolutas do Código de Processo Penal, segundo o qual nessas circunstâncias o prejuízo é presumido. Atingida a finalidade a que se destinava o ato, bem como não demonstrada qualquer espécie de prejuízo, não há que se falar em nulidade. (grifos atuais)

Destarte, infere-se que os Juizados Especiais Criminais, nos crimes de sua competência, reestruturaram o processo penal clássico, o que tem resultado em uma maior efetividade na resolução de conflitos na esfera criminal, haja vista que colimou como metas principais a reparação dos danos causados às vítimas e a não aplicação de pena privativa de liberdade. Outro ponto que ainda se mostra necessário abordar é no que tange à competência dos juizados. Assim, Capez²³ com propriedade trata sobre a aludida competência:

Com relação aos crimes, a competência dos juizados será afixada de acordo com dois critérios: natureza da infração penal (menor potencial ofensivo) e inexistência de circunstância especial que desloque a causa para o juízo comum, como, por exemplo, o foro por prerrogativa de função, a impossibilidade de citação pessoal do autuado e a complexidade da causa. Os crimes de competência da justiça militar, dada a sua natureza especial, não se submetem à disciplina da Lei n.º 9.099/95.

Desta maneira, resta pacificada que é da competência dos juizados especiais criminais processar e julgar tão-somente os crimes de menor potencial ofensivo, que são os delitos com a

²² Obra citada, p. 603-604.

²³ Obra citada, p. 603.

pena máxima de até 2 (dois) anos, critério este fixado expressamente após a publicação da Lei 11.313/06, que alterou a redação do artigo 61 da Lei 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” Após traçar as linhas gerais sobre a proposta que os Juizados Especiais Criminais trouxeram, no âmbito estadual como no federal, ao ordenamento jurídico pátrio, pode-se agora analisar o tema correspondente à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública na doutrina brasileira.

5.1 Da posição doutrinária que defende a Inexistência de Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade na Ação Penal Pública.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada é matéria que causa divergência na doutrina, que conta com duas correntes de maior destaque, as quais serão debatidas no presente trabalho. A primeira corrente, minoritária, entende não ter havido referida mitigação, isto é, conclui que nos Juizados Especiais Criminais não vige o princípio da discricionariedade regrada ou controlada. E a segunda corrente, majoritária, defende que a Lei 9.099/95 trouxe referido instituto ao ordenamento pátrio.

Neste tópico serão traçados os argumentos daqueles que se filiam à corrente de que não há no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código de Processo Penal, nenhum dispositivo que confira ao Ministério Público a faculdade de optar pelo oferecimento da denúncia ou não, conforme um juízo de oportunidade. O professor Afrânio Silva Jardim²⁴, na doutrina brasileira, é o principal defensor da corrente que afirma que o ordenamento jurídico pátrio não admite a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Assim, o ilustre professor ensina a respeito do tema:

Divergindo da doutrina majoritária, **entendemos que a Lei nº 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade [...].**

[...] o legislador *não* deu ao Ministério Público a possibilidade de requerer o arquivamento do termo circunstanciado e das peças informativas que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. **Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo Código de Processo Penal, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o *parquet* discricionariedade que lhe permita manifestar em ou não em juízo a pretensão punitiva estatal.** (grifos atuais)

A posição minoritária da doutrina conta com argumentos interessantes, pois parte do raciocínio que foi conferido ao direito penal, por intermédio de suas normas penalizadoras: proteger os bens e os interesses sociais mais relevantes da sociedade, ou seja, o direito penal tutela uma gama de direitos que nenhuma outra área do direito foi capaz de tutelar. Vale ressaltar que o Estado tomou para si o direito de punir, isto é, o *ius puniendi*, e o processo é a única forma de se ver efetivar a aplicação das normas repressivas.

O processo, no Estado Democrático de Direito, é o único meio idôneo para que seja

²⁴ Obra citada, p. 54.

aplicada pena a alguém, pois, conforme preceitua o texto da Constituição da República de 1998, em seu inciso LV, do artigo 5º: “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”. Nesse sentido, Jardim²⁵ escreveu:

[...] o processo é o único instrumento admitido pelo Estado de Direito para que a pena seja aplicada, tendo em vista as garantias que a estrutura dialética outorga ao réu e ao próprio Estado de que não se sacrificarão valores outros mais relevantes para a atuação concreta do Direito Penal.

Assim, não seria razoável, muito menos proporcional, admitir que o Ministério Público, no Brasil – que, em regra, possui legitimação exclusiva para iniciar a *persecutio criminis* – pudesse, a seu talante, deixar de propor a ação penal competente para ver processado e punido o infrator das normas penais.

Observa-se que a sociedade política organizada, por intermédio da Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público o poder-dever de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, o que retrata o atendimento ao princípio da reserva legal, razão pela qual não seria lógico o órgão acusatório não promover a competente ação penal, sob pena de desprezar o aludido princípio. Arrematando este raciocínio, o jurista Afrânio Silva Jardim²⁶ ensina:

Para nós, não há nada de liberal na autorização ao membro do Ministério Público para decidir, no caso concreto, se invoca ou não a aplicação do Direito Penal: não faz qualquer sentido, em uma sociedade democrática, outorgar tal poder a um órgão público. A aplicação inarredável da norma cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos.

Nesse prisma, caso o Ministério Público, à sua vontade, dispusesse da propositura da ação penal, estaria em último lugar abrindo mão de direito que não é seu, pois a sociedade, por intermédio do Poder Constituinte, elegeu aquele órgão como o legitimado para realizar a *persecutio criminis*, o que não é admitido no sistema jurídico brasileiro. O professor Jardim²⁷, com didática, explica:

[...] não se justificaria que, como regra geral, pudessem os funcionários investidos no órgão público afastar a aplicação do Direito Penal legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos. É princípio assente no Direito que a ninguém é dado dispor do que não lhe pertence, mormente em se tratando de valores sociais absolutamente relevantes.

Com base no exposto até o momento, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro filiou-se à idéia de que, para alguém ser processado e punido em razão do cometimento de um fato típico, ilícito e culpável, é necessária a atuação dos órgãos públicos investidos para essa finalidade, razão pela qual a ação destes será necessária, a fim de atender ao princípio da

²⁵ Obra citada, p. 51.

²⁶ Obra citada, p. 59.

²⁷ Obra citada, p. 51.

legalidade, e não mais o da obrigatoriedade. Mais uma vez, Jardim²⁸ escreveu:

[...] Ora, se o legislador incriminou tal conduta, dando relevância social ao bem jurídico afetado ou posto em risco pelo comportamento do agente, não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal.

Portanto, conforme exposto e frisado neste tópico, a essência do Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade, que impõe a todos os órgãos estatais a obediência ao direito posto, que no caso em estudo será a obediência dos membros do Ministério Público ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Feitas as considerações e delineados os argumentos da corrente que entende não ter o sistema processual penal pátrio aceitado a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, cumpre, a seguir, abordar as teses utilizadas por esta corrente para rebater as justificativas da corrente adversa, que defende adoção do princípio da discricionariedade regrada ou controlada. Afrânio Silva Jardim²⁹ expõe as justificativas da corrente que se afeiçoa à idéia de mitigação ao princípio da obrigatoriedade, para depois rebater. Atente:

É imperioso constar a grave realidade da administração da justiça na maioria das grandes cidades, em todo mundo. Buscam-se soluções para descobrir os esclerosados canais policiais e judiciais, através dos quais deve passar a pretensão punitiva do Estado. Diante de tantos crimes graves, por que se preocupar com as infrações de pequena monta, de escassa relevância? Fala-se em princípio “princípio da insignificância” ou “princípio da bagatela”.

[...]

Assim, a solução deste problema pode ser buscada no Direito Penal, pela adoção do “princípio da intervenção mínima”, forte nos ensinamentos ministrados pelas modernas correntes de política criminal e pela criminologia crítica.

Destarte, para esta corrente as infrações insignificantes ou de bagatelas são resolvidas pelo direito penal, não devendo os órgãos incumbidos de realizar a *persecutio criminis* deixar de investigar ou instaurar o competente processo, uma vez que estejam presentes as circunstâncias que ofereçam um lastro mínimo para sua realização.

5.2 Da posição doutrinária que defende a Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade na Ação Penal Pública

Neste tópico será tratado o ponto de vista da corrente doutrinária que é combativa em defender que o princípio da obrigatoriedade foi mitigado com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais. Como já foi dito anteriormente, os Juizados Especiais Criminais foram criados para dar vida à norma constitucional estampada no artigo 98, inciso I, da Constituição da República, que dispõe sobre sua criação, bem como quais são os escopos que deverão ser alcançados com sua criação. Nesse sentido, a Lei 9.099/95 surgiu no ordenamento jurídico

²⁸ Obra citada, p. 53.

²⁹ Obra citada, p. 61.

brasileiro para regulamentar os Juizados Especiais, que de forma auspiciosa atendeu aos reclames da moderna política criminal, haja vista que determinou, sempre que possível, que os juizados tentassem a reparação dos danos sofridos pela vítima, bem como a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Preceitua o artigo 76 da Lei 9.099/95 que, “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”. O sistema processual penal brasileiro passou a contar com o instituto da transação penal, que permite ao Ministério Público propor ao transgressor da norma a aplicação direta de pena restritiva de direitos ou multa, antes que a denúncia seja oferecida, ou seja, antes que a ação penal seja ajuizada, caso preencha os requisitos legais para concessão do referido benefício.

O professor Capez³⁰ leciona com arguta propriedade sobre o tema:

Atualmente, o princípio sofre inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição da República, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo (crimes apenados com, no máximo, dois anos de pena privativa de liberdade e contravenções penais – cf. art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, e art. 61 da Lei n.º 9.009/95, com redação determinada pela Lei 11.313, de 28 de junho de 2006). A possibilidade de transação (proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade) está regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/95, substituindo nestas infrações penais, o princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada (o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais).

Ainda, nesse raciocínio, o jurista Eduardo Araujo Silva³¹, em obra específica sobre o tema, afirma:

[...] vislumbra-se a adoção pelo legislador brasileiro do princípio da oportunidade regrada ou regulada, com conseqüente mitigação da obrigatoriedade, permitindo ao promotor de justiça, ante a notícia de um fato típico e indícios de autoria, não propor a ação penal por razões de conveniência entre os limites legais, optando pela proposta de aplicação de uma sanção pecuniária ou de restrição de direitos.

Após apreciar o raciocínio desenvolvido até o momento, constata a corrente majoritária que o dispositivo constitucional abrandou a austeridade do princípio da obrigatoriedade, pois, por intermédio do artigo 76 da Lei 9.099/95, passou a ser possível a realização da transação penal entre o *parquet* e o autor do fato nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, trocou-se a obrigatoriedade pela discricionariedade regrada.

Assim, nota-se que o Brasil adotou, para solução dos conflitos advindos das infrações penais de menor potencial ofensivo, a via da conciliação, que por corolário deságua no princípio da oportunidade, que é a materialização no sistema processual brasileiro do abrandamento da

³⁰ Obra citada, p. 118.

³¹ Obra citada, p. 87.

obrigatoriedade.

Outra razão de se optar pela mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, além do fundo constitucional já apontado, firma-se ainda em fundamento da moderna política criminal, que visa desafogar a máquina do judiciário com a persecução de crimes de menor potencialidade ofensiva, a fim de buscar coibir a macrocriminalidade, que muitas vezes fica impune e traz nefastas conseqüências à sociedade como um todo.

O raciocínio é coerente e arguto, pois na maioria das vezes é a grande criminalidade (leia-se, quantidade e repetição) – por exemplo, tráfico ilícito de entorpecentes em pequenas quantidades – que gera a criminalidade de diminuta potencialidade lesiva.

Dessa maneira, indispensável é a aceitação da mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, por intermédio da discricionariedade regrada.

Firmado o entendimento da doutrina majoritária, inevitável analisar quais são os critérios norteadores para que se mitigue a obrigatoriedade, pois a discricionariedade oferecida ao órgão acusatório não se traduz em uma atuação livre e irrestrita.

As regras para atuação discricionária do acusador são três, quais sejam: limitação do campo de atuação, requisitos objetivos e requisitos subjetivos.

O campo de atuação está delimitado pelo artigo 61 da Lei 9.099/95, que dispõe: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”. Ou seja, a atuação discricionária será somente quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos, abarcadas também as contravenções penais.

Os requisitos objetivos estão estampados no artigo 76, parágrafo 2º, incisos I e II, da Lei 9.099/95, que se consubstanciam em não “ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva”; e não “ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.”.

Os requisitos subjetivos são os antecedentes, a conduta social e a personalidade do suposto autor do delito, bem como se as circunstâncias forem favoráveis à aplicação da transação penal, conforme elenca o artigo 76, parágrafo 2º, inciso III, da Lei 9.099/95.

Explicando a adoção desses conceitos, que de início parecem vagos, a doutrina de Eduardo Araujo da Silva³² leva o leitor a uma interpretação teleológica do inciso III, do artigo 76, parágrafo 2º, da aludido diploma legal:

É evidente que o legislador, ao prever esses conceitos como baliza para a atuação discricionária ministerial, não pretendeu causar nenhum clima de insegurança na interpretação da lei, mas sim visou contemplar situações que jamais conseguiria legalmente, se pretendesse arrolá-las individualmente.

³² Obra citada, p. 96.

Com base no exposto, dessume-se que o legislador pátrio, embora tenha previsto a mitigação do princípio da obrigatoriedade e a conseqüente adoção da discricionariedade regrada, não permitiu que os membros do Ministério Público agissem de modo arbitrário. Para tanto, a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de discordância de pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, tem sido aplicada por analogia, trazendo a possibilidade de o juiz, caso constate que o *parquet* não se atentou aos mencionados critérios, poder determinar a remessa dos autos ao chefe da instituição do Ministério Público. No que tange às regras para atuação discricionária do *parquet*, urge destacar que, além da fiscalização exercida pelo Poder Judiciário, nasce a fiscalização administrativa, que é realizada pelo Procurador-Geral de Justiça, e, por último, pela vítima, que, caso constate a inércia do órgão ministerial em oferecer a transação penal, poderá requerer ao Juiz que designe audiência para propor, ela mesma, referido benefício ao autor da infração.

Sobre o tema, importante observar a doutrina do professor Eduardo Araujo da Silva³³, que de modo claro explica as formas de controle clássicas, quais sejam a judicial e a administrativa, que se materializam no controle judicial previsto pelo artigo 28 do Código de Processo Penal, bem como pelo controle administrativo exercido pelo Procurador-Geral de Justiça. Confira:

[...] a doutrina buscou acertadamente amparo na aplicação analógica da regra do art. 28 do CPP, estabelecendo assim uma forma de controle híbrida da atividade discricionária ministerial (judicial e administrativa), ou seja, não concordando com a ausência de proposta de transação penal por parte do promotor de justiça, deverá o juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, para que este então insista na ausência de proposta ou designe outro membro para formulá-la, nos moldes do art. 76, *caput*, da Lei.

Tal regra, além de manter parcialmente a separação entre as funções acusatórias e judicante, reserva ao Ministério Público a última palavra sobre a iniciativa discricionária, permitindo à cúpula da instituição orientar a atuação dos seus membros. Outrossim, possibilita a formação de uma política de persecução criminal transparente pelo chefe do *Parquet*, contribuindo para uma atividade fiscalizatória mais eficaz por parte do Judiciário e da sociedade em geral, destinatária últimas das funções ministeriais.

Portanto, restou demonstrado que reconhecer a existência da mitigação do princípio da obrigatoriedade não significa ferir o princípio da legalidade ou da reserva legal, haja vista que o artigo 129, inciso I, da Constituição da República de 1988 preceitua que o Ministério Público irá promover a ação penal na forma da lei, e, no caso, a Lei 9.099/95 dispõe que o Ministério Público, ao invés de propor a ação penal, pode transacionar, caso preenchidos os requisitos legais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 9.099/95 inegavelmente mitigou o princípio da obrigatoriedade, pois afastou a exigência imediata de propositura da ação penal, que antes era imposta ao Ministério Público pela sistemática processual vigente à época.

³³ Obra citada, p. 99.

Com a introdução desse novo diploma legal, o Ministério Público, antes de ajuizar a ação penal, poderá tentar resolver o conflito pela via do consenso, por intermédio da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95. Referida lei, portanto, abandonou o modelo condenatório, para que nas infrações de diminuta potencialidade ofensiva o suposto delinqüente, acompanhado de seu defensor, possa transacionar com o Ministério Público, submetendo-se, em seguida, esse acordo à chancela do magistrado.

Assim, não há dúvidas de que o legislador pátrio, com a criação do aludido diploma legal, atendeu aos reclames da nova realidade criminal, que pugnava constantemente por uma solução consensualizada de resolução de conflitos, uma vez que os órgãos responsáveis pela persecução penal se encontravam exacerbadamente sobrecarregados, o que se tornava em óbice para se aterem ao combate da macrocriminalidade.

Dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro, após a publicação da Lei 9.099/95, mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e por conseqüência acabou por agasalhar a discricionariedade regrada.

Com a edição do novo diploma legal, fez-se necessário o controle dessa discricionariedade, tudo com o fito de erguer obstáculos para evitar a prática de abusos, excessos e eventuais arbitrariedades que poderiam ser cometidas pelo Ministério Público no uso de suas atribuições, razão pela qual foram ventiladas hipóteses a fim de inspecionar se o órgão acusador estaria agindo em obediência à finalidade da Lei 9.099/95.

As formas de inspeção ou fiscalização sugeridas já foram mencionadas alhures e con-substanciam-se, na *judicial*, exercida pelo Poder Judiciário; na *administrativa*, realizada pelo Procurador-Geral de Justiça; e aquela, *privada*, feita pela própria vítima.

A primeira é exercida pelo Poder Judiciário, por intermédio dos Juizes togados, que não concordando com as razões invocadas pelo Ministério Público para a não propositura da transação penal, podem valer-se, por analogia, da norma prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Ou, ainda, na hipótese do magistrado, ao constatar que o *parquet* desrespeitou os requisitos subjetivos e objetivos exigidos pelo artigo 76 da Lei 9.099/95, poderá indeferir a proposta de transação penal.

A segunda alternativa é a via administrativa de controle, que se revela como desdobramento da fiscalização judicial, pois incumbe ao Procurador Geral de Justiça analisar se a proposta de transação penal deve ou não ser oferecida.

A terceira e última forma de fiscalização é a privada, ou seja, aquela exercida pela vítima ou seus representantes legais, por meio da ação penal privada subsidiária da pública, que, frise-se, só poderá ser exercida na ocorrência de inércia do Órgão Ministerial.

Como visto, as três formas de controle da mitigação são aptas a impedir que ocorram abusos, excessos e arbitrariedades por parte dos membros do Ministério Público, de modo a garantir que a proposta de solução consensualizada trazida pela Lei 9.099/95 seja uma forma efetiva de realizar-se a prestação jurisdicional.

Portanto, diante da concreta constatação da existência da mitigação do princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio, infere-se que esta atende perfeitamente ao

princípio da reserva legal, consubstanciando-se em um efetivo procedimento a permitir que o órgão acusatório concentre suas forças no combate à macrocriminalidade, o que, por corolário, resultará em uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva na seara criminal e uma repressão austera à grande criminalidade.

7. Resúmen

El presente trabajo trata de la atenuación del principio de obligación en la acción penal pública. En esta la fuerza normativa de los principios obligatorio actual ordenamiento jurídico. También resumen análisis en la acción penal en especie El principio de la obligación será abordado en especial con el propósito de señalar que el proceso penal brasileño ha adoptado como regla, aquello que por consecuencia obligatorio el Ministerio Público, observados los presupuestos a proponer la acción penal, observados los presupuestos Después registro resumen principio de la obligación en el derecho comparado en análisis la atenuación de obligación, será expuesta la división de la doctrina brasileña: una corriente doctrina afirmar inaceptable la atenuación del principio de obligación; outra, defensora la aplicación refiere la principio. Con fundamento las análisis, concluye existir la atenuación.

Palabras-clave: Principio de la Obligación. Atenuación. Acción Penal Pública.

8. REFERÊNCIAS

- BESTER, Gisela. **Direito Constitucional, vol. I – Fundamentos Teóricos**, São Paulo: Manole, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERNANDES, Humberto. **Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público**. Disponível em: www.damasio.com.br. Acesso 10/02/2008
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação Penal Pública: Princípio da Oportunidade Reagrada**. São Paulo: Atlas, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2007.



A RIQUEZA SEM ORIGEM LÍCITA DOS AGENTES PÚBLICOS E O SEU COMBATE NO ESTADO DE DIREITO

Daniela Lemos Salge¹

RESUMO:

A trivialidade da corrupção, associada com a passividade da população, impõe um cenário no qual olvidamos os verdadeiros valores inerentes à honestidade. Nós vivemos num ambiente inspirado pela brisa da corrupção, notadamente, sob o viés da riqueza aparente, que contamina todas as camadas da sociedade. Em razão disso, o presente trabalho inclina-se sobre a constatação da infausta realidade, apontando, sobretudo, soluções de índole constitucional, para aniquilar o vício, que desafia precário equacionamento, restabelecendo a credibilidade das instituições democráticas.

Palavras-chave: direito fundamental à probidade. Riqueza Aparente. Aplicabilidade do direito à probidade. Poderes investigatórios do Ministério Público. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Combate ao enriquecimento sem causa.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Direito fundamental à probidade – 2.1 Concepção de direito fundamental – 2.2 Especificidades do direito fundamental à probidade – 2.3 Coeficiente de eficácia do direito fundamental à probidade – 3. Defesa da probidade em face do enriquecimento sem causa – 3.1 Legitimidade ativa do Ministério Público – 3.2 Configuração de improbidade em decorrência de riqueza aparente – 3.2.1 Destino dos bens retomados – 3.3 Poderes inerentes ao Ministério Público para investigar a existência da riqueza aparente – 4. Conclusão – 5. Abstract – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diuturnamente, de forma lamentável, vivenciamos uma legião, formada por agentes públicos², que amealham patrimônio incompatível com os rendimentos percebidos em razão da função exercida. De igual modo, testemunha-se a população bradando por punição dos agentes públicos, contudo, ninguém se aventura pelo tortuoso caminho da denúncia, aguardando que outrem tome a iniciativa.

Diante desse cenário, a impunidade, que recai sobre a corrupção, recrudescer, na mesma proporção em que os cidadãos acovardam-se e desabonam as instituições públicas.

Incumbe, portanto, ao Ministério Público, no exercício do venerando mister constitucional, consistente na tutela do direito fundamental à probidade, investigar, manejando as ferramentas necessárias. E, em decorrência lógica do exercício de tais funções, cabe ao *Parquet*,

¹ Graduada em Direito pela UNIUBE em 2003. Promotora de Justiça no Estado de Goiás. E-mail: dani_love50@hotmail.com

² Relativamente ao enriquecimento ilícito pelos *particulares* será apresentado outro estudo para oportuna publicação.



principalmente, impulsionar atos processuais adequados para a punição dos agentes públicos, que venham a enriquecer ilícitamente. Incontestavelmente, ao desempenhar tal papel, não se pode tolher do Ministério Público a possibilidade de desvendar a intimidade dos agentes públicos, como única forma de imunizar a probidade administrativa.

Destarte, o singelo texto debruça-se sobre a autorização constitucional para que o Ministério Público possa relativizar o sigilo bancário e fiscal, a fim de viabilizar a investigação acerca da origem da riqueza congregada pelo agente público, que não exiba capacidade financeira proporcional. Cuida-se, na verdade, de equipar o Ministério Público com o armamento necessário para pelear contra o achaque da corrupção, que tem preponderado nos quadros do funcionalismo público brasileiro, situação esta que gera uma vergonha nacional.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE

2.1 Concepção de direito fundamental

Registre-se, inauguralmente, que direito fundamental consiste em um aglomerado de vantagens e instituições que, em determinado momento histórico, consolidam os anseios de liberdade, de igualdade e de fraternidade, advindos das necessidades humanas. Ressalte-se que os direitos fundamentais, consagrados em nosso ordenamento jurídico, hospedam valores essenciais, que gravitam na órbita da dignidade humana, cuja supressão compromete, sobremodo, o mínimo existencial destinado aos indivíduos.

Quadra afirmar que os direitos fundamentais, sob uma concepção material, suplantam aqueles previstos na Constituição Federal, para jazerem na consciência popular, bem como nas entrelinhas do próprio texto constitucional. Pode-se asseverar que a própria Carta Magna pavimenta a ruptura com a taxatividade dos direitos fundamentais, ao edificar uma cláusula de abertura, no § 2º do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º. [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

Descortina-se, portanto, um paradigma voltado para acolher a difusão de direitos fundamentais que, embora não previstos textualmente, decorrem de princípios constitucionais ou ainda de tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário.

Cumpre, por outro prisma, afiançar que os direitos fundamentais, concebidos com a feição que ostentam na contemporaneidade, apresentam-se como produto de conquistas históricas, obtidas através de embates travados pelas classes marginalizadas com os fatores reais de poder, cujo marco inicial reside, inelutavelmente, com o advento da Carta Magna Inglesa, editada no ano de 1215.

Assim, impõe, com o escopo de sistematizar o estudo dos direitos fundamentais, a necessidade de organizá-los a partir de classificações, das quais nos interessa apenas aquela que utiliza o critério histórico-cronológico, segundo o qual aqueles são divididos em gerações,

ou como preferem alguns autores, em dimensões.

Anotese que os direitos fundamentais de primeira dimensão medraram no ambiente auspicioso do liberalismo político, contrapondo-se à monarquia absolutista, até então vigente, com o fito de proteger o indivíduo contra a importuna ingerência estatal. A novel corrente apregoava que o poder ilimitado do Estado sufocava as liberdades individuais, erigindo-o ao status de inimigo da prosperidade da nação. Fixou-se, com inspiração na atmosfera liberalista, um catálogo de direitos, norteados pelo dogma da liberdade, tais como pensamento, convicção, religião, locomoção, dentre outros.

Na seqüência, abrolharam os direitos de segunda dimensão, como salvadores das desigualdades sociais, que recrudesceram após a Primeira Guerra Mundial, reconhecendo-se a falência do sistema marcado pela ínfima participação estatal. Inaugurou-se, pois, uma nova época, carimbada pelo aforismo da solidariedade, segundo o qual se deve exigir do Estado a instituição de programas assistenciais, capazes de amortecer as intensas desigualdades sociais, desencadeadas pelo individualismo extremado.

Chancela a proposição, em evidência, o arguto raciocínio propalado pelo insigne estudioso Marcelo Novelino, ao enaltecer:

Ligados ao valor igualdade os direitos de segunda dimensão surgiram no século XX com a revolução industrial, a partir da luta do proletariado pela conquista de direitos sociais, econômicos e culturais.

A implementação das prestações materiais e jurídicas exigíveis para a redução das desigualdades no plano fático, por dependerem em grande medida da disponibilidade dos recursos orçamentários do Estado (“reserva do possível”), faz com que estes direitos tenham um grau de eficácia menor que os direitos de primeira dimensão.³

Ilustra-se essa nova conquista com os seguintes direitos: saúde, trabalho, assistência social, educação, greve, férias, que simbolizam o princípio da igualdade material.

Prossegue-se a exposição, certificando a origem dos direitos de terceira dimensão, os quais elegeram, como núcleo valorativo, as necessidades coletivas, abdicando da idéia individualista até então imperante.

Deveras, o imo, para o qual convergem os direitos de terceira dimensão, incide na fraternidade, abandonando-se o juízo egoísta e contemplando-se valores, que transcendem a esfera individual. Eclodem, nesse diapasão, o direito ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio cultural, ao progresso, somente a título exemplificativo.

Destaca, com astúcia, a concepção desenvolvida em linhas precedentes, o ilustre constitucionalista Paulo Bonavides, ao alvitar que:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses

³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 227.

de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.⁴

Não se pode olvidar, ainda, a embrionária quarta dimensão, abalizada no alvissareiro fenômeno da globalização, cuja tendência sinaliza para universalizar e aproximar os povos em torno de direitos fundamentais comuns. Raia, como pioneiro do sugerido direito, o aficcionado professor Paulo Bonavides, que discorre:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁵

Em que pese o esforço envidado para catalogar esse principiante direito, permanece a precariedade na especificação e caracterização a ele inerentes. Esgota-se, nesse momento, a singular apreciação das nuances do direito fundamental.

2.2 Especificidades do direito fundamental à probidade

Após concisas considerações acerca da concepção de direito fundamental, bem como de sua sistematização, torna-se profícuo, ao coetâneo estudo, debruçar-se sobre o direito fundamental à probidade. Impende, por oportuno, consignar o significado de probidade, contextualizando-a nos moldes preconizados pelo Estado Democrático de Direito, senão vejamos.

Partindo-se de uma explanação léxica, observa-se que probidade exprime o sentido de honestidade, integridade, retidão, brio, caráter, cujas características devem sintonizar-se com a administração dos negócios públicos. Ao contrário do que se conjectura, a probidade emoldura-se uma obrigação do administrador público, visto que ele lida com bens que pertencem à coletividade indeterminada.

Encadeia-se a probidade com os mandamentos do Estado Democrático de Direito, que asseveram a necessidade de se vincular o exercício do poder, outorgado pela maioria dos eleitores, aos princípios constitucionais que regem a administração pública.

Advirta-se que a Constituição Federal de 1988 hospedou, no art. 37, *caput*, os princípios reitores da administração pública, consagrando, primacialmente, a probidade como dever do gestor da coisa pública, que decorre, sobremaneira, do princípio da moralidade administrativa.

Palmilha tal trilha cognitiva a auspiciosa lição propagada pelo célebre professor Waldo Fazzio Júnior, ao considerar:

Os princípios constitucionais e ordinários circunscrevem toda atuação

⁴ BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 569.

⁵ Op. Cit. p. 571.

administrativa dos agentes públicos. A eventual disparidade entre o exercício administrativo e os aludidos baldrames jurídicos enseja, em maior ou menor grau, a eclosão das ilicitudes, sejam as penais, as infrações político-administrativas e/ou os atos de improbidade administrativa. Cada uma dessas espécies antijurídicas fere os princípios, sob aspectos diversos.

Anote-se que o verbo velar, dirigido imediatamente aos agentes públicos, se estende a todo contingente humano da Administração Pública, nos três poderes, em todos os níveis. Impera onde quer que ocorra atividade administrativa e controle da atividade administrativa.

O maior ou menor distanciamento do desempenho administrativo, em relação aos comandos normativos, é objeto de controle sobre os graus de observância do interesse público, região em que se inserem a autotutela; a custódia permanente de seus atos, pelo Legislativo, bem como seu eventual questionamento pela via judiciária.⁶

Encara-se, assim, a ascendência de um direito difuso, pertencente à coletividade indefinida, correspondente à probidade do agente político, o qual é responsável pela gestão de bens públicos. Não se pode negar que os titulares do direito fundamental à probidade são indeterminados, materializando-se na sociedade, ou seja, em todos aqueles que pertencem ao círculo social.

Deduz-se tal paradigma da previsão de ações abstratas, hábeis a tutelar o direito difuso à probidade, das quais se destacam a ação popular e a ação civil pública. Observa-se que o legislador constitucional devotou importância acentuada ao direito difuso à probidade, notadamente, em função dos princípios informadores do Estado Democrático de Direito, ressaltando que a soberania reside no povo, que a exerce por meio de representantes.

Ora, a figura do representante pressupõe a do representado, que é o verdadeiro titular do poder, que só não o exerce diretamente em razão da dificuldade de se harmonizar milhares de interesses individuais em prol de uma decisão política conjugada. Desse modo, os representantes devem pautar seu comportamento nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros, os quais vagueiam em torno da probidade, sob pena de se sacrificar os interesses dos representados em proveito próprio.

Evidentemente, na atual conjuntura, não se pode tolerar que o administrador público assenhoreie-se do cargo e o exerça conforme seu alvedrio, desprezando os anseios coletivos, ou melhor, o bem comum, com fulcro, notadamente, no princípio da moralidade.

Avaliza a inferência aludida, o impávido escólio esboçado pelo altivo conhecedor Kildare Gonçalves Carvalho, ao realçar que

A gestão da coisa pública deve-se orientar de conformidade com os padrões de conduta que a comunidade elegeu como relevantes, num determinado momento histórico, para o aperfeiçoamento da vida em comum, sob o influxo de um poder central.

A moralidade surge para coibir arbitrariedades e os excessos cometidos pelo Poder Público, na esfera da discricionariedade, submetendo-se a Administração

⁶ FAZZIO JÚNIOR. Waldo. Atos de Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2007, p. 38.



à finalidade a que se visar. A exigência do comportamento conforme à moralidade representa uma evolução do controle de desvio de finalidade ou excesso de poder.⁷

Não se concebe, na contemporaneidade, Estado Democrático de Direito despido do direito fundamental à probidade, caso contrário, cancelar-se-á o execrável despotismo, há muito tempo banido pelo apogeu do liberalismo político. É que a atuação do agente político não pode se distanciar da ética moral, já que a máxima “o fim justifica os meios” não encontra aceitação no meio social atual, que questiona, com freqüência: como justificar o fim? A quem incumbe a análise de aferir a finalidade boa, distinguindo-a da má finalidade do ato administrativo?

Impende destacar, no que se refere à ética moral, como vértice na atuação política, as lições do saudoso mestre NORBERTO BOBBIO, *verbis*:

No apêndice àquele brilhante livro que é *Pela paz perpétua*, Kant distingue o moralista político – que ele condena do político-moral, que exalta. O político moral é aquele que não subordina a moral às exigências da política, mas interpreta os princípios da prudência política de modo a fazer com que eles coexistam com a moral: ‘Se bem que a máxima ‘A honestidade é a melhor política’ implique uma teoria que a prática desmente com bastante freqüência, a máxima igualmente teórica ‘A honestidade é melhor que qualquer política’ é todavia infinitamente superior a toda objeção e constitui a condição indispensável da política’. Para um estudioso de moral, pode ser interessante saber que tanto Erasmo quanto Kant, ainda que partindo de teorias morais diversas (quero dizer, de teorias diversas sobre o fundamento da moral), recorrem, para sustentar suas próprias teses, ao mesmo argumento, que na teoria ética seria chamado de ‘consequencialidade’, ou seja, que leva em conta as consequências. Contrariamente ao que afirmam os maquiavélicos, para quem a inobservância das regras morais correntes é a condição para se ter sucesso, nossos dois autores sustentam que no longo prazo o sucesso chega ao soberano que respeita os princípios da moral universal. É como dizer: ‘Faças o bem, porque este é o teu dever; mas também porque, independentemente das tuas intenções, tua ação será premiada’.⁸

2.3 Coeficiente de eficácia do direito à probidade

Anote-se que as normas de eficácia plena, conforme se deduz do seu significado gramatical, irradiam, naturalmente, toda carga de eficiência prevista pelo legislador constituinte, de modo a dispensar a elaboração de qualquer espécie normativa ulterior. Basta extrair o significado do adjetivo “pleno”, para se concluir que as normas, acima referidas, florescem perfeitas e aptas a surtirem efeitos instantaneamente, abstraindo-se de qualquer atividade normativa infraconstitucional subsequente.

Trata-se de disposições de aplicação adjacente que, na maioria dos casos, acolhem conteúdo descritivo, as quais podem ser manejadas por qualquer indivíduo, desde que enquadrado na previsão normativa. Consigne-se, nessa trilha, a concepção irretorquível, esteada pelo prodigioso doutrinador acima, a saber:

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 817.

⁸BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 59/60.

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.⁹

Repita-se que as normas constitucionais de eficácia plena dispõem categoricamente sobre um interesse ou comportamento, cuja ocorrência da situação fática é suficiente para desencadear sua aplicabilidade. Nessa linha de intelecto propõe Maria Helena Diniz:

O constituinte emitiu essas normas suficientemente, pois incidem diretamente sobre os interesses, objeto de sua regulamentação jurídica, criando direitos subjetivos, desde logo exigíveis, uma vez que se pode saber, com precisão, qual comportamento a seguir”.¹⁰

Convém, nesta oportunidade, ilustrar os comentários acima propalados com alguns protótipos inferidos da Constituição Federal Brasileira, a fim de que se elucide qualquer dúvida, quais sejam: “art. 1º. A República Federativa do Brasil é formada pela união indissociável dos Estados, Municípios e Distrito Federal”; “art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estados”; além de muitos outros preceitos que dispensam alusão.

Avulta importante, ainda, trazer à baila a concepção sustentada pela ilustre Maria Helena Diniz, cuja postura propõe que normas de eficácia plena são aquelas que:

a) conttenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nela regulados.¹¹

Sintetize-se que as normas de eficácia plena cuidam, efetivamente, dos interesses que o legislador propôs regular em seara constitucional, livrando o Poder Legislativo de ulterior tratamento do mesmo tema. Após especificar as características inerentes às normas constitucionais, cuja aplicabilidade ecoa imediata, impõe constatar que o direito fundamental à probidade pertence a tal jaez normativo.

Rememore-se que os direitos fundamentais alardeiam eficácia plena, consoante delibera o art. 5º, § 1º, do texto constitucional, de modo que a probidade inclui-se na regra eficaz

⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 110.

¹¹ Obra Citada, p.101.



expendida. Alinha-se à inscrição acenada, a valorosa percepção disseminada pelo notável constitucionalista Dirley da Cunha Júnior, cuja transcrição literal revela:

Impõe-se, desde logo, definir o alcance do preceito em exame, para descortinar se o mesmo é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo ou até mesmo fora da Constituição), ou se limita aos direitos previstos tão-somente no art. 5º e seus incisos, da Constituição Federal, sobretudo em razão de ele situar-se topograficamente em um dos parágrafos deste artigo 5º, o que pode sugerir, em princípio, um alcance restrito aos direitos contemplados por aquela disposição. Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário). Isto se dá não só porque o art. 5º, § 1º refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “direitos e garantias fundamentais” – sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição”.¹²

Inelutavelmente, o direito fundamental à proibidade não está arrolado no art. 5º, da Constituição Federal, porém, o catálogo contido naquele dispositivo emoldura-se exemplificativo, conforme preconiza o § 2º, do mesmo artigo, de modo que outros inúmeros direitos estão espalhados no texto constitucional.

Cuida-se, deveras, do inflamado reconhecimento dos direitos materialmente fundamentais, os quais, apesar de não terem sido inventariados de modo expresso, decorrem do “espírito” imanente ao texto constitucional, ou seja, dos valores nele antevistos. Ecoa notório, tal conclusão, das anotações tracejadas pelo insuperável professor Ingo Wolfgang Sarlet, o qual pontifica:

Por derradeiro, a já apontada não-exaustividade (no sentido de uma abertura material) do Catálogo dos direitos fundamentais resulta inequivocamente, como bem lembrou Juarez Freitas, da circunstância de que o artigo 5º, § 2º, da CF, encerra uma autêntica norma geral inclusiva, impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que pese – e o registro é necessário – o fato de esta não ter as características de um tratado (convenção) internacional e, portanto, não pode ser tratada exatamente do mesmo modo, seja em virtude de sua vinculatividade, seja em face da referência expressa dos tratados internacionais efetuada pelo citado dispositivo constitucional. Nesta quadra, assume relevo a lição de Menelick de Carvalho Netto, o artigo apresenta como “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”. Neste mesmo contexto, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no “espaço” e no “tempo”, a necessária abertura do catálogo constitucional de direitos conexas-se, como leciona Cristina Queiroz, com a circunstância de que assim como inexistente um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 601.

inerentes.¹³

Nos moldes exaustivamente apregoados, o direito fundamental à probidade provém dos princípios arrolados no art. 37, da Constituição Federal, direcionados à Administração Pública, especialmente, da moralidade, amalgamados com os axiomas irradiados do Estado Democrático de Direito.

Por fim, insta acrescentar que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, dispõe que as normas constitucionais, que contenham direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, não dependendo de regulamentação subsequente para engendrar efeitos, conforme enunciado nas linhas predecessoras.

3. DEFESA DA PROIBIDADE EM FACE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

3.1 Legitimidade ativa do Ministério Público

Autoriza-se conceber, nos moldes delineados pela Constituição Federal, o Ministério Público como instituição permanente, imprescindível à função jurisdicional, ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Apesar de encarregar o Ministério Público de extenuantes ofícios, cumpre destacar que a Carta Magna atribui-lhe, dentre eles, aquele volvido para o controle da legalidade dos atos da Administração Pública. Pode-se afaçar, inclusive, que o Ministério Público, malgrado não esteja catalogado como um Poder do Estado, acaba exercendo seu mister como se Poder fosse, já que a ele foram outorgadas autonomia, garantias e prerrogativas, tornando-o independente.

Ora, não basta conceder direitos, os quais se encontram inventariados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), torna-se imperioso, ao revés, engendrar-se uma instituição, municiada de “artilharia” processual adequada para defender os respectivos interesses protegidos constitucionalmente. O desempenho das relevantes funções do Ministério Público almeja obstar de todas as formas possíveis, o vilipêndio das normas constitucionais, comprometendo, sobretudo, sua eficácia. Ocupa-se o Ministério Público de nobres missões, dentre as quais, irrompe proeminente a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, uma vez que a tutela de tais direitos encontra a sociedade como destinatária.

Ressalte-se que a proteção dos interesses difusos e coletivos pode ser efetivada contra qualquer sujeito, inclusive em desfavor do próprio Estado, o qual, nos dias hodiernos, tem se revelado o maior protagonista das mazelas sociais.

Assim, incumbe ao Ministério Público exercer o relevante ofício de tutelar os direitos difusos e coletivos contra qualquer lesão ou ameaça de lesão, através da afamada ação civil pública, veiculando a defesa da probidade administrativa.

Retrata, fidedignamente, a exposição citada, o apropriado entendimento proclamado pelo erudito João Cancio de Melo Júnior, ao ponderar que

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 96/97.



A legitimação do Ministério Público para propor a ação civil pública, prevista no art. 129, III, não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição vigente e na lei (art. 129, § 1º).

Além de direito subjetivo, a ação civil pública é poder-dever do órgão do Ministério Público; neste caso, o Promotor deve ir a juízo solicitando ao Poder Judiciário a prestação jurisdicional, consistente na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Ação civil pública é o direito de o Ministério Público fazer atuar a função jurisdicional, na esfera civil, em defesa do interesse público.¹⁴

Evidentemente, aplicando-se a premissa supra expendida, conclui-se que ao Ministério Público compete propor ação civil de improbidade administrativa para acastelar o direito difuso à probidade, postulando a condenação daquele que vilipendiou tal interesse.

3.2 Configuração de improbidade em decorrência de riqueza aparente

Pode-se aprofundar que a Lei nº 8.429/92 contemplou, no art. 9º, inúmeras hipóteses capazes de retratar improbidade administrativa, que importam enriquecimento ilícito, dentre as quais, destaca-se, por oportuno, a famigerada riqueza aparente.

Atém-se, para o momento, no exame do ato de improbidade administrativa fundado na riqueza aparente, já que configura o objeto do presente estudo. Vislumbra-se, no inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, a previsão dos casos de enriquecimento sem causa do agente público, cuja reprodução literal se segue:

adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

O objeto, sobre o qual se inclina o dispositivo acima, reside no acréscimo patrimonial incompatível com os vencimentos percebidos durante o exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, demonstrando manifesta desproporção entre os rendimentos auferidos pelo agente público e sua capacidade de adquirir bens.

Assoalha, com perfeição, a apresentação referida, a vigorosa lição exalada pelos conspícuos professores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a qual discorre que

Na hipótese do inciso VII, configura o enriquecimento ilícito “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução ou à renda do agente público”; o que permite identificar três elementos explícitos e um implícito: a) o enriquecimento do agente, o qual se exterioriza através de uma evolução patrimonial incompatível com os subsídios recebidos; b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o *extraneus* que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts.

¹⁴ MELO JÚNIOR, João Cancio de. A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 301.

3º e 6º); c) ausência de justa causa, vale dizer, a não-comprovação da existência de outras fontes de renda que pudessem justificar o acréscimo patrimonial; d) a relação de causalidade entre o enriquecimento do agente e o exercício de sua atividade, sendo este o elemento implícito, pois a desproporção entre a evolução patrimonial e o subsídio percebido pelo agente erige-se como indício demonstrador da ilicitude daquela. Aqui, o legislador deteve-se sobre os resultados da ação, relegando a plano secundário e presuntivo a ação injusta.¹⁵

Lamentavelmente, malgrado a circunstância ocorra com bastante freqüência, a comprovação dos fatos, em comento, entrevê-se improvável, pois exige a demonstração de que o acréscimo patrimonial desproporcional seja oriundo do exercício inadequado da função pública.

Diante de tal paradigma, controverte a doutrina sobre o ônus da prova do enriquecimento imotivado. Conforme apregoam Antônio Augusto Camargo de Mello Ferraz e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, citados pelo ilustre jurista Pazzaglini Filho¹⁶, incumbe ao autor da ação (geralmente o Ministério Público) comprovar apenas que a evolução patrimonial do agente público é incompatível com o seu vencimento, cabendo a este provar que o acréscimo patrimonial é resultado dos seus proventos. Adverte, entretanto, Pazzaglini, que

A lei não se refere aos conhecidos ‘sinais ostensivos de riqueza’, que, na esfera tributária, possibilitam a atuação eficiente do fisco. Aqui, há que ser investigada a origem daquele patrimônio.

A hipótese mais freqüente e mais conhecida de enriquecimento ilícito é a do agente público que ostenta invejável riqueza incompatível com seus rendimentos ou evolução patrimonial.¹⁷

Parte-se da presunção de inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, contentando-se, para verificar a improbidade, com a prova de que ele exercia função pública e de que sua capacidade financeira não alicerça a evolução de seu patrimônio ou renda.

Harmoniza-se com o entendimento sobredito a afirmação de que a inidoneidade financeira engendra a ilicitude do enriquecimento, posto que o agente público que não exhibe disponibilidade econômica para ter um patrimônio desproporcional e incompatível com a evolução da renda ou patrimônio, carece de justificativa legítima para a sua aquisição.

Enfatize-se que o direito fundamental à probidade e o princípio da publicidade, por si sós, abalizam a interpretação, acima propalada, haja vista que o agente público deve adjetivar o seu comportamento com transparência, clarificando acerca de seu progresso econômico. Não se pode tolerar que o agente público, que desempenha um mister em prol da coletividade, percebendo remuneração adequada, assenhoreie-se de bens, cuja avaliação seja inconciliável com sua envergadura financeira.

¹⁵ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 253.

¹⁶ PAZZAGLINI, Marino Filho, e outros. In *Improbidade Administrativa*, Ed. Atlas, 4ª edição, p. 69.

¹⁷ Idem.

Ora, se o agente público não pode afastar-se dos princípios constitucionais administrativos, tampouco do predicado da probidade, não se permite que ele apodere-se de patrimônio que seja, manifestamente, assimétrico com sua possibilidade econômica, abdicando-se de apresentar justificativa para tanto. A partir da assunção de um cargo público, nasce o dever de descerrar as portas da privacidade, conferindo publicidade, na hipótese em que o agente for solicitado, para justificar a aquisição de fortuna desproporcional à sua disponibilidade financeira. Por outro vértice, cumpre salientar que inexistente acúmulo de riqueza desprovido de causa, de forma que o detentor da fortuna, notadamente, o agente público, possui o dever inarredável de comprovar a origem da abastança, sob pena de receber a pecha da ilicitude.

3.2.1 Destino dos bens retomados

Evidentemente, os bens ou numerário recuperado, em decorrência de sentença condenatória, adjetivada com o trânsito em julgado, devem retornar ao erário, ao qual o agente estava vinculado. Sublinhe-se, por conveniente, que a conclusão, adrede explicitada, deriva de uma interpretação teleológica constitucional do direito fundamental à probidade, uma vez que o agente obteve a fortuna, sacrificando sua atuação junto ao ente público, ou ainda, graças ao prestígio assumido em razão da função por ele exercida. Importa, na verdade, impedir que a função seja desempenhada favorecendo aquele que a cumpre, em detrimento do bem estar coletivo e, caso não seja possível, restabelecer a probidade vilipendiada, volvendo o produto obtido ilicitamente para o Estado, cuja credibilidade foi injuriada pelo comportamento ímprobo.

Nesse estado comparativo, alinha-se a exegese constitucional, haja vista o direito fundamental à probidade, cuja tutela pressupõe a reparação, sobretudo, da dignidade estatal, que se sujeitou aos caprichos ditados pelos interesses individuais, imolando a virtude pública. Insofismavelmente, a única forma de compensar o ente público, após a mácula infligida pelo agente impudico, reside na reversão dos bens e valores arrecadados para seu domínio, punindo-se, de modo exemplar, a conduta indecorosa. A despeito de tais considerações, infortunadamente, desconhece-se, na atualidade, qualquer norma jurídica hábil a endossar a destinação dos bens adquiridos, de forma ilícita, para o Estado.

Todavia, o fato de inexistir norma específica não afasta a possibilidade de se utilizar a hermenêutica para colmatar o vacilo do legislador, que primou pelo combate à improbidade, porém, olvidou o aspecto relativo ao futuro dos bens arrecadados. Urge, por outro lado, bradar pela instituição de uma lei capaz de bloquear os valores auferidos, ilicitamente, pelo agente público, volvendo-os para a pessoa jurídica para a qual ele presta serviço, atendendo aos reclamos constitucionais.

3.3 Poderes inerentes ao Ministério Público para investigar a existência da riqueza aparente

Controverte a doutrina sobre a possibilidade de o Ministério Público devassar o sigilo bancário e fiscal diretamente, ou seja, abstendo-se de recorrer ao Poder Judiciário. Consiste, o sigilo bancário e fiscal, na proibição, voltada para as instituições financeiras e à fazenda pública, em fornecer informações, salvo comprovada justa causa, obtidas de seus clientes, por ocasião de sua finalidade social, tutelando-se, assim, o direito fundamental à privacidade.

Apesar dos inflamados debates doutrinários, alinha-se, nesta oportunidade, à permissão em favor do Ministério Público, na defesa do sacrossanto direito fundamental à probidade, de devassar a blindagem fiscal e bancária. Constata-se, em princípio, um entrechoque de direitos fundamentais espelhados na privacidade e na probidade administrativa, afastando-se, por conseguinte, o caráter absoluto de ambos. Inelutavelmente, no embate travado entre direitos fundamentais, um deles sagra-se vencedor, em face da impossibilidade de se manter aplicabilidade concomitante dos dois.

Trata-se, deveras, da aplicação do proeminente recurso hermenêutico, utilizado para infligir restrições recíprocas sobre os interesses agasalhados pelos direitos fundamentais em confronto, visando obter um resultado regular, no qual a limitação seja a mínima imprescindível à coexistência de ambos. Socorre-se, oportunamente, do emprego do princípio da proporcionalidade, utilizando-se os três pilares, que o sustentam, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Traduz-se, a assertiva acima, asseverando que o intérprete deve nortear-se pelo equilíbrio entre os direitos beligerantes, averiguando as seguintes situações: a-) se a limitação incidente a cada qual se afigura idônea para garantir a sobrevivência do outro oponente; b-) se tal redução reserva-se ao menor coeficiente possível para a proteção do interesse antagônico; c-) se o benefício alcançado com a privação incidente sobre um interesse galardo a grau de renúncia imposta ao opositor.

Louva a sistematização, adrede esboçada, o arrojado comentário anunciado por Marcelo Novelino, qual seja:

A doutrina alemã, na tentativa de densificar o postulado da proporcionalidade, fez sua divisão em três máximas parciais: adequação, necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.

Há uma adequação entre meios e fins, quando as medidas adotadas são aptas para se alcançar os objetivos almejados. Este controle apresenta maiores dificuldades quando se refere à finalidade das leis, em razão da “liberdade de conformação do legislador”.

A necessidade exige que o meio utilizado para se atingir um determinado fim seja o menos oneroso possível (“princípio da menor ingerência possível”).

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício trazido for maior que o ônus imposto. Neste caso, meio e fim são equacionados mediante um juízo de ponderação, para que sejam pesadas as “desvantagens do meio em relação às vantagens do fim”.¹⁸

Aventura-se, outrossim, pela vereda cognitiva, o atilado pensador Robert Alexy, ao avaliar a proporcionalidade em cotejo com a teoria dos princípios, que pode ser aplicada, *mutatis mutandis*, no entrechoque entre direitos fundamentais, cuja reprodução desvenda que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurí-

¹⁸ NOVELINO, Marcelo. Obra citada. p. 80/81.



dicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.¹⁹

Sopesando os valores em colisão, torna-se imperioso pender para a prevalência do direito fundamental à probidade, o qual consagra o resguardo de um bem coletivo, em detrimento da privacidade, que exhibe caráter, eminentemente, individual. Esquadrinha-se, concretamente, a hipótese, apregoando que a restrição excepcional da privacidade, contanto que não se divulguem, sob a forma coletiva, os dados arregimentados, satisfaz o enfoque da adequação. Em contrapartida, entrevê-se que o balizamento da privacidade, mostra-se indispensável à conservação do direito fundamental à probidade, na medida em que não se permite o sacrifício do interesse público em benefício do privado.

Por fim, bispa-se que o proveito alcançado pela redução da privacidade supera, sobremodo, o nível da delimitação irrogada, visto que aproveita a toda a coletividade, titular do direito à probidade. Incumbe, portanto, ao Ministério Público, valendo-se de instrumentos procedimentais, o árduo ofício de investigar a dimensão do patrimônio amealhado, bem como a origem dos valores empregados para a respectiva aquisição.

Sem embargo de entendimentos contrapostos, não se pode tolher do Ministério Público essa louvável atribuição, sob pena de abonar-se a utilização de artimanhas e ardis para dissimular a riqueza reunida, assim como sua proveniência. Assim, com fulcro na presunção de ilicitude da procedência da abastança incompatível com os rendimentos, compete ao Ministério Público instaurar inquérito civil público para apuração dos fatos, empregando, em seu bojo, o instrumento fundado na quebra do sigilo bancário e fiscal do agente público.

Irrefragavelmente, a própria Constituição Federal conferiu, ao Ministério Público, a augusta missão de instaurar inquérito civil para acastelar o patrimônio público, conforme atesta o respectivo art. 129, VI.

Avulta, logicamente, o princípio geral de direito, segundo o qual: “aquele que determina os fins, deve contemplar os meios”, ou seja, a Carta Magna atribuiu ao Ministério Público o ofício de amparar o patrimônio público por intermédio do inquérito civil, outorgando-lhe os

¹⁹ ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008; p. 117/118.

meios necessários para desempenhar tal papel.

Sobreleva afirmar que o art. 129, VI, da Constituição Federal, dispõe, peremptoriamente, que o Ministério Público, ao proceder à instrução de procedimentos cíveis ou criminais, detém poder de requisição de informações e documentos. Emprega, igualmente, a dicção acima, o art. 26, I, a, b e c, e inc. II, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ao prever a função instrumental de instaurar inquéritos civis, expedir notificações, requisitar condução coercitiva de pessoas, requisitar informações a órgãos públicos e até mesmo requisitar informações e documentos a entidades privadas.

Noutra ponta, o art. 26, § 2º, do Diploma Legal noticiado, comina responsabilidade ao membro do Ministério Público que usar, indevidamente, as informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo. Inequivocamente, não haveria necessidade de compreender as situações amparadas por sigilo, caso o Ministério Público não detivesse poder para abater o segredo.

Apoiou o prisma normativo a Lei Complementar nº 75/93, ao contemplar, em seu art. 8º, o poder de requisição de documentos e informações, omitindo qualquer restrição vinculada aos casos de sigilo. Não se pode esquivar de uma interpretação sistematizada dos dispositivos proclamados, reportando-se a uma única dedução, seja ela: veda-se a oposição de documentos e informações à requisição expedida pelo Ministério Público, sob a escusa do sigilo. Converge para o núcleo cognitivo exposto acima, a promissora exegese capitaneada pelo eminente professor José dos Santos Carvalho Filho, senão vejamos:

Todo o quadro normativo acima invocado sustenta a única conclusão correta na hipótese: quando a requisição do documento ou da informação se origina do Ministério Público, não pode o destinatário opor o direito de recusa em face de sigilo. Deve, ao revés, dar atendimento à requisição, podendo, quando muito, lembrar a situação especial de que se reveste a informação ou o documento. Em conseqüência, a restrição contida no parágrafo que estamos comentando só tem aplicação aos demais interessados na obtenção desses dados (art. 8º, caput e art. 5º); no que concerne, entretanto, à requisição feita pelo Ministério Público é a restrição inaplicável.²⁰

Em contrapeso, não se pode olvidar que a *mens legis* constitucional, quando se ocupou de reservar ao Poder Judiciário a função exclusiva de violar a privacidade, engendrou a restrição de modo expresso e incontestável, de modo que onde silenciou, concedeu, igualmente, a possibilidade ao Ministério Público.

Guinda-se, a propósito, a esmerada interpretação articulada pelo laudável jurista Hugo Nigro Mazzilli, ao ensartar:

Confere-se hoje ao membro do Ministério Público acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, sem prejuízo de sua responsabilidade civil e criminal pelo eventual uso indevido das informações e documentos sigilosos, aos quais teve acesso. Isso significa que o Ministério Público tem acesso à informação, inclusive nos casos de sigilo legal, excetuadas apenas, e obviamente, as hipóteses em que a Constituição exija autorização

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 263.

judicial para sua quebra.

Se o Ministério Público necessita obter uma informação protegida pelo sigilo legal, o art. 8º, § 2º, da LC n. 75/93 e o art. 26, § 2º, da Lei n. 8.625/93 lhe permitirão efetuar a correspondente requisição, sem que o sigilo possa, portanto, ser oponível pela autoridade requisitada. Esses dispositivos legais configuram justa causa para que o depositário do sigilo revele a informação à autoridade requisitante, ficando, porém, obrigado a resguardar o sigilo do membro do Ministério Público que venha a ter acesso à informação.²¹

Importa considerar, outrossim, que o potencial envolvimento de apropriação ilícita de verba pública, ancorada em enriquecimento de agente público, entreabre as portas do sigilo, com espeque no princípio da publicidade, ao qual se submete a Administração Pública.

Não obstante o hercúleo esforço volvido para firmar a interpretação que permite ao Ministério Público, de forma direta, quebrar o sigilo bancário e fiscal, mediante a requisição endereçada aos órgãos competentes, a jurisprudência pátria insiste em recusar o respectivo poder à Instituição, colaborando, implicitamente, com os esquemas criados pelos agentes públicos, que se locupletam ilicitamente, profanando as diretrizes constitucionais.

4. CONCLUSÃO

Impende coligir, após o desabafo esboçado no desenvolvimento do coetâneo trabalho, que o enfrentamento do tema colide com interesses subjacentes veiculados na própria legislação, a qual recebeu brindar o Ministério Público com todos os instrumentos hábeis a promover a investigação da riqueza aparente.

Não seria conveniente, para os legisladores, conceder robustos poderes de investigação, que poderiam ser utilizados contra eles próprios, tornando-se mais apropriado negligenciar a regulamentação.

Entretentes, a Constituição Federal não se acanhou em fortalecer os princípios reitores da atividade da Administração Pública, tampouco em agraciar o Ministério Público com formidáveis poderes de investigação, permitindo-se estabelecer-se uma interpretação constitucional condizente com a defesa do direito fundamental à probidade.

Assim, sem embargo da cultura dominante voltada para impunidade da improbidade advinda do enriquecimento ilícito, não se pode permanecer inerte, tornando-se cogente avigorar o Ministério Público com o poder de devassar o sigilo fiscal e bancário do agente público que ostentar fortuna incompatível com seus rendimentos.

Não se pode olvidar, a propósito, das lições do mestre Bobbio, que nos ensina:

Para poder viver e reforçar-se, uma democracia necessita da máxima extensão da relação de confiança recíproca entre os cidadãos, e portanto da eliminação, tão completa quanto possível, da estratégia da simulação e do engano (o que quer dizer

²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 411/412.

também a redução, tão grande quanto possível, do espaço do segredo).²²

Impõe, em relação à arrecadação da riqueza adquirida ilicitamente, clamar para que ela seja destinada ao Poder Público Federal, Estadual ou Municipal ao qual o agente ímprobo estava vinculado no momento do indevido enriquecimento, pelo exercício da função pública. Basta, para tanto, proceder-se à interpretação teleológica constitucional, da defesa do direito fundamental à probidade, prescindindo-se de criação normativa ulterior.

Hasteia-se, portanto, a flâmula que exhibe a insígnia do combate à corrupção, atribuindo-se à instituição do Ministério Público a nobre missão de livrar o horizonte social de tal perfídia.

5. ABSTRACT

The triviality of the corruption, associated with the passivity of the population, imposes a scenery, in which we forget the true values inherent in the honesty. We live in an environment inspired by the breeze of the corruption, especially, under the slant of the apparent wealth, which contaminates all the layers of the society. On account of that, the present work leans on the observation of the unlucky reality, pointing, especially, to solutions of constitutional nature, to destroy the vice, which challenges precarious evaluation, restoring the credibility of the democratic institutions.

Key Words: *basic right to the probity. Apparent wealth. Powers of investigation of the Public prosecution service. Application of the beginning of the proportionateness. It fights to the enrichment without cause.*

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros escritos morais. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 13ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRACINI, Luiz Alberto. Improbidade Administrativa. 3ª ed., Campinas: Agá Juris,

²² Ob. cit., p. 98/99.

2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO JÚNIOR, João Cancio. *A função de controle dos atos da Administração Pública pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Método, 2008.

PAZZAGLINI, Marino Filho, e outros. *Improbidade Administrativa*. 4ª Ed., São Paulo: Ed. Atlas.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



A INFORMÁTICA E SEUS IMPACTOS NO JUDICIÁRIO

Yeda Monteiro Athias¹

Resumo:

Este trabalho aborda as novas tecnologias, seus impactos e efeitos na atividade do magistrado, e suas conseqüências aos jurisdicionados, bem como a legalidade e os propósitos do direito eletrônico de amenizar a morosidade da prestação jurisdicional, a fim de dar cumprimento ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna.

Palavras-chave: Direito Eletrônico. Informática Jurídica. Novas Tecnologias Judiciais. Celeridade Processual. Impactos causados nas atividades do magistrado.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A Emenda Constitucional nº. 45/2004 – 3. A Virtualização na Prática Processual – 4. Os Impactos das novas tecnologias – 4.1 A resistência ao novo – 4.2. As novas tecnologias – 4.3 A penhora *on-line* – 4.4 O processo eletrônico – 4.5 As transmissões eletrônicas – 4.6 As vantagens das novas tecnologias – 4.7 A troca do papel físico pelo digital – 4.8 O tempo de duração dos processos – 4.9 A morosidade do processo comum – 5. As conseqüências das novas tecnologias – 5.1 A dignidade da pessoa humana e os meios eletrônicos – 5.2 A responsabilidade pelo atraso no sistema eletrônico – 5.3 A disposição dos dados pessoais – 5.4 As notícias do judiciário de cunho subjetivo – 5.5 A responsabilidade objetiva do Estado – 5.6 A Carta de Herédia – 5.7. O direito à publicidade e à intimidade pessoal e familiar – 5.8 O interrogatório por videoconferência – 5.9 A percepção e a sensibilidade do magistrado – 6. Considerações Finais – 7. *Resumen* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi proposto pela Coordenação do Curso de Extensão em Direito Eletrônico, da Fundação Getúlio Vargas. E, de acordo com as pesquisas realizadas sobre o tema, foram analisados os impactos das novas tecnologias na atividade do magistrado, discorrendo sobre as vantagens, deficiências e impossibilidade, às vezes, do uso dos meios eletrônicos e suas relações com as garantias constitucionais e com a percepção do magistrado, frente à liberdade de locomoção e o cumprimento das ordens judiciais, sopesando bens de maior relevância.

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004

A Emenda Constitucional nº. 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII, no artigo 5º, preconizando: *LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia/MG. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil. Mestre em Direito Empresarial.



Como se vê, o objetivo da reforma, entre outros, é garantir uma prestação jurisdicional célere e eficiente. Para tanto, as reformas constitucionais foram efetuadas. Todavia, elas ainda não têm sido suficientes para resolver o problema, uma vez que a redução da litigiosidade e a resolução dos conflitos de modo célere e eficiente não são possíveis apenas com base no direito eletrônico, bem como em simples reformas na legislação.

3. A VIRTUALIZAÇÃO NA PRÁTICA PROCESSUAL

A instituição do processo eletrônico é decorrência imediata da necessidade de razoável duração do processo, visando rapidez no julgamento, através de meios que garantam a celeridade de sua tramitação em benefício do jurisdicionado.

4. OS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

A adoção dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade pelos Juizados Especiais, através da instituição do processo eletrônico, causou enorme impacto nas atividades dos magistrados e advogados, no que se refere ao aproveitamento das inovações tecnológicas, sendo normal certa resistência à sua adoção.

4.1 A resistência ao novo.

Em verdade, a questão está mais ligada à resistência ao novo, que, às vezes, assusta.

É natural essa resistência e as dificuldades para inserir profissionais na adoção das novas tecnologias quando, há décadas, todos estão acostumados com pilhas de processos de papel. Existem os entusiastas que querem conhecer e apreender todas as formas de novas tecnologias, mas também há profissionais que simplesmente não se adaptam à inclusão digital. Com certeza, num passado distante, as intimações eram pessoais e a introdução pelo Diário da Justiça também deve ter causado a mesma insegurança, o que, *por si só*, não impediu a evolução das novas formas de intimações.

4.2. As novas tecnologias.

É indubitável que os repositórios jurisprudenciais na internet foram um dos grandes impactos na vida dos magistrados, considerando que para ter acesso à jurisprudência era necessário solicitar pesquisa junto ao Tribunal, que posteriormente enviava por malote.

Nesse processo, perdiam-se semanas e, supõe-se, havia um árduo trabalho no departamento exclusivo de pesquisa no Tribunal para a obtenção das decisões – sempre em papel – que tinham de ser transcritas. Hoje, além de reduzir os custos notavelmente, pois as ementas podem ser obtidas diretamente pelos magistrados em formato eletrônico, a partir de diversos *sites*, até por meio de jurisprudência unificada, inclusive, por não perder mais tempo com a digitação, aplicando-se o tradicional sistema do control + C e control + V, o que antigamente não era possível, já que era necessário digitar as ementas para o texto.

Sem dúvidas, o telefone celular também causou enorme impacto, eis que possibilitou maior agilidade aos magistrados, especialmente nos plantões, seja orientando o oficial de justiça no cumprimento das diligências urgentes, seja contatando os serventuários e assessores de forma célere e ágil para resolver problemas de ordem técnica, que vão desde um simples acesso à rede

e intranet em face das alterações das senhas, por questões de segurança, até a efetiva prestação jurisdicional nos plantões.

Sem falar na mobilidade do *pen drive*, já que traz a possibilidade de o magistrado não só atualizar seus arquivos, tanto em casa, quanto no seu gabinete, como também levá-lo, de modo a facilitar o seu trabalho, quando atuando como juiz substituto ou auxiliar, pois em qualquer vara que seja designado contará com seus arquivos pessoais.

A título de exemplificação, a introdução do computador (*notebook*) no mundo jurídico permitiu que, logo após o conselho do júri decidisse, o magistrado tivesse condições de preferir sua sentença, sem mais delongas. Também nas audiências de conciliação, inclusive nas de família, as decisões homologatórias dos acordos e separações, por já terem sido gravados os arquivos anteriormente no computador, possibilitam que, de imediato, sejam expedidos os mandados de averbações para o Cartório do Registro Civil.

De se observar, nesse passo, a facilidade em realizar cursos virtuais de atualização ou especialização, com a disponibilidade de videoconferências, encontros *on-line* e tutor para dirimir as dúvidas dos participantes, com a presença unicamente nas avaliações.

4.3 A penhora *on-line*.

Com base nessas novas tecnologias, a situação vem se modificando, na medida em que as diligências eletrônicas rompem o sistema tradicional que demonstrou não mais atender as necessidades do magistrado, do advogado e, sobretudo, do jurisdicionado.

Nessa linha, foi editado o Provimento nº. 01/2003 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que previa, entre outras disposições, as seguintes:

Considerando que o corregedor-geral apurou em correição que gerentes de agência bancária adotam a prática de alertar o correntista, exortando-o a retirar os valores da conta corrente a ser bloqueada, hipótese que configura delito contra a administração da justiça e fraude à execução (art. 179 do Código Penal);

[...]

Resolve:

Art. 1º. Tratando-se de execução definitiva, o sistema Bacen Jud deve ser utilizado com prioridade sobre outras modalidades de constrição judicial.

[...]

Art. 3º. Os Juízes devem evitar a solicitação de informações sobre a existência de contas correntes de devedores, ao menos até que se disponibilizem respostas *on-line* das entidades financeiras.

Não obstante, foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Confederação Nacional dos Transportes, contra a União Federal, o Bacen e o TST. Na referida ação, a requerente argumenta, em síntese, que a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho teria extrapolado sua competência ao editar o Provimento nº. 01/2003, porque teria invadido a área de atuação do Poder Legislativo, bem como teria ferido a competência do Congresso Nacional, que abrange as matérias de competência da União, entre elas, a de legislar sobre Direito Processual, Civil e do Trabalho, violando dessa forma os artigos 2º,

61 e 241 da Constituição Federal.

A aludida ação direta de inconstitucionalidade, distribuída sob o nº. 3.203, ainda pende de julgamento. Contudo, observa-se que já não tem sofrido tantas críticas por parte dos militantes na Justiça, sob o fundamento de que as ordens de penhora são expedidas em valores superiores aos devidos pelos executados; que existe demora no desbloqueio dos valores retidos indevidamente; e que fere o sigilo bancário.

Ao contrário, hoje já se sustenta que a penhora *on-line* é um instrumento eficaz ao direito de o credor receber o que lhe é devido, e que contribui para a celeridade da Justiça.

4.4 O processo eletrônico.

Ainda nessa ordem de idéias, o processo eletrônico em que a intimação e citação são realizadas por correio eletrônico também tem gerado muita controvérsia e decisões conflitantes nos diversos Tribunais do país. No entanto, a efetividade demonstra o êxito da intimação por *e-mail*, tendo em vista que os Tribunais Eleitorais já vem se utilizando de tal ferramenta desde as eleições de 2002, com o objetivo de dar maior celeridade processual.

O TSE se utilizou do correio eletrônico, não só nos processos de pedido de registro, como também nas reclamações e representações relativas ao descumprimento da Lei nº. 9.504/97 e nos pedidos de direito de resposta. Cabe transcrever o artigo da Resolução nº. 21.575/2003:

Art. 6º Recebida a reclamação ou representação, o cartório eleitoral intimará o reclamado ou representado o mais rápido possível, desde que entre 10h e 19h, preferencialmente por fax ou **correio eletrônico**, para que este, querendo, apresente defesa em 48 horas.

Ressalte-se que essa nova tecnologia vem gradativamente ganhando espaço, como observado no âmbito dos Juizados Federais. Atualmente, as nossas Cortes Superiores já recebem, por meio eletrônico, petições referentes a processo de suas competências originárias.

No caso do STJ, *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* podem ser impetrados com base na Lei nº. 11.419/2006, que regulamentou a movimentação eletrônica de documentos no Poder Judiciário. A petição eletrônica, ou *e-Pet*, possibilita aos advogados apresentarem seus requerimentos de sua casa, escritório ou de qualquer lugar do mundo, sem ter de se deslocarem até o Tribunal. Para utilizar o serviço, o profissional deve possuir certificação digital, ser credenciado no sistema do STJ e ter os programas necessários e instalados em seu computador.

O STF também já recebe o recurso extraordinário (e-STF) e a petição eletrônica (*e-Pet*), respectivamente. Para os Presidentes das Cortes Superiores do Brasil, é tarefa importante tornar a justiça mais rápida e eficiente, e as soluções tecnológicas são essenciais nesse processo. O impacto dessa nova tecnologia consiste no fato de que, quando o advogado recebe as citações e intimações por *e-mail*, o sistema registra a data e o horário da leitura e o prazo passa a correr automaticamente, conforme comenta o Coordenador do projeto de processo eletrônico, Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, junto aos Juizados Federais do TRF 4ª Região (A INTIMAÇÃO POR CORREIO ELETRÔNICO E AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS,

acessado em 01/07/2005 às 12:00AM).

As Revistas Eletrônicas da jurisprudência do STJ e do STF são páginas certificadas que tornam disponível o inteiro teor dos acórdãos aos advogados, que não mais precisam solicitar cópia autenticada dos acórdãos, nem os digitar quando for citá-los, tornando acessíveis, e com rapidez, as informações, às vezes, essenciais ao desenlace de uma causa.

Registre-se, ainda, que o sistema *push* já implantado por vários Tribunais pátrios permite receber, por *e-mail*, informações sobre o andamento de processos, sempre que novos dados sejam inseridos no sistema.

O Diário Judiciário Eletrônico, além de proporcionar celeridade e modernização dos atos administrativos, também facilita a busca da publicação, tornando fácil o acesso e a utilização da ferramenta com autenticidade e integridade dos dados *on-line*.

De se observar, nesse passo, o “malote digital”, cujo objetivo é abreviar o tempo despendido na autuação dos feitos, ou seja, enquanto os autos continuam sendo remetidos aos Tribunais Superiores pelos correios, os dados digitados no Tribunal *a quo* seguem pela internet para o STJ ou STF. Assim, não haverá necessidade de o Tribunal *ad quem* gastar tempo reproduzindo um trabalho já realizado pelo Tribunal *a quo*. Observe-se que só no STJ, até 15/12/2007, foram distribuídos mais de 307.884 processos. Assim, pode-se avaliar o quanto é possível ganhar em tempo e poupar trabalho aos servidores que, certamente, poderão ser aproveitados em áreas mais necessitadas.

4.5 As transmissões eletrônicas.

Vale frisar, nesse ritmo, que as transmissões dos julgamentos, em tempos reais, nos diversos Tribunais do país, dão mais transparência e efetiva publicidade aos atos judiciais, garantindo ao brasileiro saber diretamente, dos seus lares, como a Justiça está decidindo nos processos controversos e que repercutem em suas vidas.

Todavia, pode ser vista com reservas a vídeo-audiência, em substituição à audiência convencional (em que o réu precisa ser trazido à presença do juiz), visando com isso evitar o seu deslocamento e gastos com escoltas, por não constituir um meio de prova muito confiável, conforme se observará mais adiante; muito embora seja inquestionável que atenua o desgaste físico e psicológico do réu, por não ter de se submeter a transporte desumano em viaturas totalmente fechadas, escuras, sem iluminação, sem ventilação, sem banco, sem cinto de segurança e sem a mínima segurança exigível pelo Código de Trânsito Brasileiro, em evidente afronta ao princípio da dignidade humana.

Nessa perspectiva, o TRF da 1ª Região implantou o sistema de “vídeo-sustentação”, possibilitando a sustentação oral, por intermédio de linha privada de comunicação de dados capaz de transmitir som e imagem em tempo real, rompendo mais uma das tradições relativas aos atos processuais, conforme se observa da PORTARIA DIGES/PRESI/195/2002, que:

Institui e regulamenta o Sistema de Vídeo-sustentação no TRF-1ª Região.

Art. 1º Fica instituído no Tribunal Regional Federal da 1ª Região o Sistema de Vídeo-sustentação, destinado a permitir a sustentação oral de advogados junto às sessões de julgamento da Corte, sem o deslocamento físico de suas localidades de origem.

§ 1º O Sistema de Vídeo-sustentação funcionará através de linha privada de comunicação de dados para transmissão em tempo real de sons e imagens que serão projetados nos monitores dos juízes integrantes do órgão julgador e em telões para a audiência da sessão.

§ 2º Os advogados contarão com salas especiais instaladas nas sedes das Seções Judiciárias para realizarem suas defesas, tendo suas imagens monitoradas por vídeo e transmitidas em tempo real às sessões de julgamento.

§ 3º O Sistema de Vídeo-sustentação permite, ainda, que os advogados apresentem, durante o seu tempo de oradores, provas e documentos previamente digitalizados para serem analisados pelos magistrados do Tribunal [...].

4.6 As vantagens das novas tecnologias.

Note-se, portanto, que as novas tecnologias tiveram a primordial intenção

não apenas de facilitar o acompanhamento processual por parte dos advogados e seus clientes, mas também de garantir que o trabalho nos cartórios não mais fosse interrompido na busca dos processos sempre que ocorria uma movimentação processual. Os nossos escreventes e escrivães orientam o advogado a buscar o auxílio do serviço em primeiro lugar e, apenas em caso de dúvida, recorrer aos cartórios. Sendo assim, é perfeitamente clara a necessidade deste serviço ser confiável. (STJ, REsp nº. 268037, voto Ministro César Asfor Rocha).

Estes avanços facilitaram a vida dos operadores do direito em geral, não só dando maior agilidade processual, mas principalmente com a eliminação das filas nas secretarias das varas, na medida em que poderão praticar tais atos, sem se deslocarem dos seus escritórios, economizando muitas vezes um dia inteiro para outras tarefas.

4.7 A troca do papel físico pelo digital.

Ademais, a troca do papel físico pelo digital reduziu em até 70% o tempo de tramitação de um processo, que era consumido pelo chamado “tempo neutro”, segundo dados do STF, que também poderia ser chamado de tempo da burocracia, que é aquele gasto com carimbos em documentos, transporte e separação de papéis.

Inegavelmente, essas ferramentas tecnológicas causam grande impacto nas atividades dos magistrados, serventuários e advogados. Delineiam-se os contornos de um novo tempo, no qual as novas tecnologias proporcionam maior distribuição efetiva e célere da justiça, seja no cumprimento das decisões, seja na economia de tempo entre advogado e serventuário do cartório em busca de simples verificação de movimentação processual.

4.8 O tempo de duração dos processos.

Assim, é que as novas tecnologias causaram grande impacto na redução do tempo médio de tramitação dos processos entre as datas de distribuição e sua sentença, conforme relatórios de atividades elaborados pelas Coordenadorias dos Juizados Especiais Federais. Confirmam-se

os dados do TRF da 4ª Região, MS nº. 2004.04.01.036333-0/RS:

Justiça comum 719,87 dias;

Juizado com tramitação exclusiva no papel 206,62 dias;

Juizados mistos – processos de papel e virtuais 104,33 dias;

Juizados exclusivamente virtuais 47,67 dias (pág. 05).

Destarte, admitir ajuizamento das causas e protocolização de petições e documentos no papel importaria em retrocesso ao avanço tecnológico empreendido pelo Poder Judiciário para a agilização dos processos.

4.9 A morosidade do processo comum.

É bem verdade que a morosidade do processo comum não se deve ao pouco trabalho, à inapetência dos juízes. Ao contrário, os juízes trabalham e trabalham arduamente, circundados por servidores dedicados e operosos, mas, sim, em virtude do rito formal e lento dos processos. Recursos se somam a recursos.

Portanto, dada a modernização do Poder Judiciário, rompe-se o sistema tradicional, que demonstrou não mais atender as atuais necessidades na época que vivemos, suprimindo as deficiências do modelo tradicional. Desta forma, é que as novas tecnologias causaram impacto significante na atividade judicante aos operadores do direito.

5. AS CONSEQÜÊNCIAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Ao lado do benefício proporcionado pelas novas tecnologias, é preciso que o magistrado esteja atento às conseqüências que incorporam os mesmos serviços e ferramentas tecnológicas causadas pela informatização e pela internet.

5.1 A dignidade da pessoa humana e os meios eletrônicos.

Inicialmente, é preciso ressaltar que o ser humano não pode ser refém dos meios eletrônicos, ou seja, são os meios eletrônicos que têm de servir ao homem, e não o contrário. Portanto, a dignidade da pessoa humana não pode sofrer restrições em face das dificuldades dos meios eletrônicos. A propósito, recentemente, em 25/05/2008, quando a autora deste artigo estava no plantão forense lhe foram submetidos diversos pedidos de liberdade provisória, em que o Ministério Público opinava pelo indeferimento do pedido, em virtude de o sistema SISCOM do TJ/MG encontrar-se fora do ar e, assim foi decidido, no ponto, *in verbis*:

Logo, em que pese a acuidade da autoridade policial, bem como o entendimento do douto RMP, no seu parecer às fls. 23 e verso, não pode o requerente ser prejudicado porque o SISCOM do TJ/MG, encontra-se desativado (fl. 24), se ele não deu causa a essa falha, ou seja, o requerente não pode ser penalizado pelo fato de o SISCOM estar desativado, sobretudo, porque o Judiciário deve zelar pela celeridade nas suas decisões a fim de dar cumprimento ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna. Portanto, a meu ver, tal argumento é insuficiente para impedir a

liberdade provisória do requerente, pois em nosso sistema processual, a prisão é exceção, cujo cunho justifica apenas nos casos concretos e previstos do art. 312 do CPP (Processo nº. 70208448870-0. Juíza de Direito em plantão forense Yeda Monteiro Athias. Distribuído posteriormente à 4ª Vara Criminal de Uberlândia).

As dificuldades do Poder Judiciário não podem ser repassadas ao acusado, nem restringir a sua liberdade, e muito menos as ordens judiciais deixarão de ser cumpridas por impossibilidade do sistema eletrônico, salvo se por outro motivo estiver preso. As consultas aos bancos de dados devem ser feitas com antecedência, isto é, no momento da prisão e não depois de concedida a liberdade provisória.

5.2 A responsabilidade pelo atraso no sistema eletrônico.

Por conseguinte, o descumprimento das providências legais, além de configurar crime de desobediência, ainda implica responsabilidade do Estado, pois o atraso caracterizado pelo sistema eletrônico desativado no final de semana (sábado e domingo) não pode ser considerado razoável, e, sendo atribuível exclusivamente ao Estado, não pode o acusado suportar, preso, o cumprimento das providências legais.

5.3 A disposição dos dados pessoais.

Por outro lado, deve ser observada a disposição dos dados pessoais, seja porque ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, seja porque muitas informações são protegidas por sigilo, tendo em vista que não se pode violar o direito à privacidade e à intimidade, colocando à disposição da comunidade jurídica e da população em geral informações processuais que devem ser ocultadas de terceiros.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ é imperiosa ao afirmar que

[...] os meios de informação jornalística e o Ministério Público, livres e independentes que devem ser, especialmente no exercício do dever-direito de informar à Sociedade, submetem-se, contudo, por não absolutos o direito de informar e à informação, devidamente a limites, dentre os quais, a honra das pessoas, que, em tema de repressão ao crime e à improbidade, há de estar permanentemente sob a perspectiva da presunção de não culpabilidade, por igual, insculpida na Constituição da República. (STJ, Ação Penal nº. 388/DF).

5.4 As notícias do judiciário de cunho subjetivo.

Em nome do interesse público e jurisprudencial, notícias têm sido divulgadas de cunho eminentemente subjetivo, a respeito de processos que correm em “segredo de justiça”; e, o que é pior, com a divulgação dos nomes e demais detalhes processuais, com repercussão à honra dos denunciados. E, mais grave, visando com isso forjar o clamor público, de modo a subtrair a imparcialidade e pressionar o magistrado, constringendo-o a decidir de acordo com o interesse de uma minoria, violando, assim, a mais ampla e livre liberdade de convicção.

Certamente, essa não é uma atitude ética louvável, e revela uma concepção do mau uso das ferramentas. Com efeito, as informações ou notícias relativas aos julgados ou à existência de ações penais devem ser divulgadas objetivamente, isto é, sem sensacionalismo; sem noticiar dados específicos dos processos; sem mencionar os nomes dos supostos envolvidos no episódio, com a finalidade única e exclusiva de informação jurisprudencial, para que tais ferramentas não violem a privacidade e intimidade dos envolvidos em litígio judicial.

5.5 A responsabilidade objetiva do Estado

José Cretella, ao abordar a questão da responsabilidade civil do Estado, entende que:

a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes; c) o magistrado é órgão do Estado; ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar danos às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível); ou na qualidade de réus (crime); e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisórios e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que alei prescrever, mas se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de consequências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público, ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário, ora no risco integral, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.

Assim, a má utilização dessas ferramentas agride os direitos constitucionais protegidos e inerentes à dignidade da pessoa humana, a responsabilidade pelos danos causados pelos agentes do Estado é de cunho objetivo (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), independente da comprovação de culpa do agente público, bastando comprovar o nexo de causalidade entre a divulgação da notícia ou da informação pelo agente estatal e o dano moral e/ou material causados, conforme decidido pelo TRF da 5ª Região, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERROS DE FATO. OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OUTROS FUNDAMENTOS. DANO MORAL. CABIMENTO.

1. São cabíveis os embargos de declaração para sanar a ocorrência de erros

de fato, sendo admissível, excepcionalmente, a modificação ou alteração do acórdão embargado.

2. A despeito de ter havido o conhecimento por órgão do parquet da decisão decretando o segredo de justiça dos autos em 16/02/01, restou provada a existência da entrevista ministerial de modo a caracterizar o nexos causal ensejador da responsabilização.

3. Não há prova nos autos de que a referida entrevista teria sido concedida após a cientificação do órgão ministerial acerca do segredo de justiça atribuído à ação penal. No entanto, na hipótese da entrevista ter sido concedida antes da intimação do MPF, caberia à e. Procuradora Federal impedir que suas declarações fossem efetivamente divulgadas pela imprensa, uma vez que tal órgão tomou conhecimento da decisão judicial em 16/02/2001 e a publicação da matéria deu-se em 18/02/2001, ou seja, haveria tempo suficiente para, no mínimo, notificar os jornais para que se abstivessem de publicá-las ante o dever legal de sigilo.

4. Inexistindo outros fundamentos a embasar o decisum vergastado, imprescindível se faz a alteração do entendimento nele adotado, uma vez reconhecida à existência de erro de fato.

5. A entrevista concedida por representante do MPF, mesmo havendo determinação judicial de sigilo, é ato plenamente capaz de causar danos morais, tendo em vista que os demandantes sofreram imensuráveis constrangimentos e consternações oriundas da divulgação dos seus nomes em matérias jornalísticas relativas ao episódio conhecido como “escândalo dos precatórios”, considerando-se, pois, um ato ilícito potencialmente danoso, o que provoca a necessidade de condenação da União ao pagamento de indenização de R\$ 15.000,00 para cada autor/embargante a título de danos morais.

6. Reembolso das custas pela União (art. 14, parágrafo 4º, da Lei 9.289/96) e condenação em honorários no percentual de 10% sobre o valor total da condenação, em face do trabalho desempenhado pelos causídicos (art. 20, parágrafos 3º e 4º do CPC).

7. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes para dar provimento à apelação, com reconhecimento de a União Federal reclamar tais valores em ação de regresso autônoma, se o desejar. (TRF 5ªR., Apelação Civil nº. 199937000082317).

5.6 A Carta de Herédia.

Com efeito, as regras estabelecidas na Carta de Herédia² são claras e têm por finali-

² A Carta de Heredia foi escrita em julho de 2003 pelo Instituto de Investigación para la Justicia Argentina com o apoio da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica e patrocínio da International Development Research Centre do Canadá, quando reuniram em Herédia, na Costa Rica, inclusive com a participação de representantes de diversos países da América Latina para discutir o tema “Sistema Judicial e Internet” com fulcro de analisar as vantagens e dificuldades dos *sites* dos poderes judiciais na rede, os programas de transparência e a proteção dos dados pessoais. Ao final, foram desenvolvidas diversas teses e exposições que culminaram na formulação do mais importante documento (Carta de Heredia), já elaborado sobre a difusão de informação judicial em *Internet* estabelecendo-se regras mínimas a serem adotadas pelos órgãos responsáveis por esta divulgação.

dade a difusão em internet dos despachos, sentenças e acórdãos, garantindo a igualdade ao conhecimento das informações jurisprudenciais e a transparência da administração da justiça, ao estabelecer que será reconhecido o direito de oposição mediante petição prévia e sem custos, sempre que desprezitar os direitos à intimidade e privacidade dos jurisdicionados.

O ajuste ao alcance e a finalidade com que se difundem as informações judiciais tem por objetivo conciliar o princípio da publicidade e o direito à intimidade e privacidade daqueles que procuram o Poder Judiciário. Aliás, como já ocorrido na Justiça do Trabalho, em que diversos trabalhadores foram boicotados por empregadores por buscar a tutela judicial em face de seus nomes constarem na pesquisa livre e disposta em *site* dos Tribunais do Trabalho.

Daí a necessidade de adequação em alguns casos que possam trazer prejuízo à intimidade e à privacidade do jurisdicionado, de modo a resguardar o anonimato dos litigantes. Neste ponto, dispõe o artigo 2º da Constituição Peruana “*Que os serviços informáticos, computadorizados ou não, públicos ou privados, não disponibilizem informações que afetem a intimidade pessoal e familiar*”.

Assim, há que prevalecer o direito à privacidade e intimidade sempre que se afete a intimidade pessoal, restringindo a publicação dos dados dos envolvidos, ou alternativamente, seja a ementa publicada sem constar os nomes dos envolvidos no litígio e/ou, tão-somente, suas iniciais. Tem de prevalecer o bom senso, a busca pelo equilíbrio, de modo a harmonizar os institutos constitucionalmente garantidos e, por isso, a recomendação de anonimato dos nomes, já que toda pessoa tem o direito irrenunciável à honra, à vida privada, à intimidade, à própria imagem, razão pela qual os nomes dos envolvidos não devem ser publicados nas decisões e julgamentos quando afetarem a sua intimidade pessoal e familiar.

5.7. O direito à publicidade e à intimidade pessoal e familiar.

Há de se protegerem as partes, substituindo seus nomes por suas iniciais, conciliando a transparência das decisões judiciais e o direito de publicidade e acesso às informações e, ao mesmo tempo, respeitando a intimidade e a privacidade dos afetados, de modo a prevalecer o bem jurídico maior a ser protegido, garantindo o pleno acesso às informações públicas.

Essa adequação atende ao princípio da finalidade das informações jurisprudenciais públicas, que consiste no direito de o jurisdicionado saber como a Justiça está decidindo. Logo, há que se buscar um equilíbrio entre o acesso à informação e à intimidade, para garantir ambos os direitos a fim de evitar conflitos e danos pelos atos discriminatórios de todo tipo de segregação social, quando descobertos por estarem dispostos na internet de forma pública, sobretudo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

5.8 O interrogatório por videoconferência.

É de se lembrar, ainda, que essas inovações nem sempre poderão extrair as minuciosas impressões físicas e psíquicas das partes ou das testemunhas, que só poderão ser aferidas frente a frente com o juiz. Nesse sentido, foi o entendimento da Sexta Turma do STJ, no HC 98422, em recente decisão do dia 23/05/08, cuja notícia foi assim destacada:

Decisão considera ilícito o interrogatório realizado por videoconferência
[...]

Em sua decisão, a desembargadora convocada Jane Silva entendeu que o interrogatório deve ser realizado sempre na presença do magistrado e do réu, de modo a satisfazer o princípio do contraditório e da ampla defesa consagrado pela Constituição Federal. Segundo a desembargadora, é por meio do interrogatório com a presença física de ambos – juiz e réu – que poderão ser extraídas as mais minuciosas impressões, podendo ainda ser observado se o réu encontra-se em perfeitas condições físicas e mentais, além de poder relatar possíveis maus-tratos.

A magistrada afirma que a informatização tem um papel importante no Judiciário atual, inclusive mediante a Lei n. 11.419/06, que cuida da informatização do processo judicial, sendo o peticionamento eletrônico viável em vários tribunais, reduzindo gastos e tempo. Ela afirma que não se trata de desvalorizar o papel do desenvolvimento tecnológico no processo, mas, segundo ela, para a realização do interrogatório, não é possível preterir a presença de juiz e acusado frente a frente (STJ, Notícias, acessado em 23/05/2008 às 08:11hs).

Esse entendimento vem sendo sufragado pelo STF, por entender que a videoconferência viola o princípio da igualdade e o devido processo legal, já que limita a ampla defesa do acusado, salvo se a decisão for suficientemente motivada e com a demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto. Veja-se:

AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu (STF, HC 88914).

5.9 A percepção e a sensibilidade do magistrado.

Muito embora as novas tecnologias possam levar a uma visão econômica e instrumental do processo, também levam à perda de substância humana, fazendo com que o magistrado perca a sensibilidade da atividade judiciária, conforme leciona LOPES:

Acrescentando-se a distância e a “assepsia” gerada pela virtualidade, teremos a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgador (sentenciar – sentenciado = sentire), combatendo o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do eu, o interrogatório on-line é um imenso retrocesso civilizatório (na razão inversa do avanço tecnológico).

Conseqüentemente, serão sempre bem-vindas as novas tecnologias e seus impactos na atividade do magistrado, do advogado, das partes e das testemunhas, desde que não importem em restrição à percepção e sensibilidade humana do julgador.

A informática é um instrumento de socialização e inclusão, e possui efeitos positivos e negativos, cabendo a nós buscar esse equilíbrio, seja para reduzir essa vulnerabilidade, seja para reduzir a frieza e a distância na tarefa de julgar, da realidade humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É bem de se vê que as pilhas de processos continuam a chegar aos tribunais. Contudo, nunca antes, em nosso ordenamento jurídico pátrio, foram utilizadas tantas tecnologias, como depois da entrada em vigor da lei de informatização dos processos judiciais.

Não obstante, já se observou que as novas tecnologias às vezes comprometem o direito à privacidade, à intimidade e ao devido processo legal, bem como impossibilitam uma perfeita percepção da personalidade do autor, das testemunhas e do réu.

Daí a necessidade que a mudança ocorra gradativamente, seja para conciliar os princípios constitucionais, seja para moldar os operadores do direito na adoção das novas tecnologias, seja ainda, para evitar perda de performance ou travamento do sistema.

Todos esses cuidados acabam gerando certo atraso, que na verdade, são avanços para evitar retroceder, eis que não podem ser ultrapassados do dia para noite. Mas, o que interessa é que vários passos já foram dados. O judiciário vem sendo informatizado dia a dia e os programas já estão rodando, o que nos leva a concluir que em pouco tempo os processos estarão informatizados, pois o nosso judiciário é forte e independente, e a história mostra que sempre superou os obstáculos atento ao cumprimento da Constituição Federal.

Obviamente, que as novas tecnologias nem sempre serão ferramentas validas, quando delas dependerem a percepção e sensibilidade humana, eis que jamais poderão substituir o cérebro pelo computador, o pensamento pela digitação e a percepção pela câmera, já que na atividade do magistrado é necessário interpretar as palavras através dos lábios; enxergar a alma pelos olhos e descobrir a indole pelo rosto. O que só pode ocorrer através do contato físico.

O direito à intimidade e à privacidade deve ser respeitado e a liberdade não pode sofrer restrição, nem as ordens judiciais deixarão de ser cumpridas, por impossibilidade do sistema eletrônico. Logo, há necessidade de ferramentas para restringir os nomes dos envolvidos nos julgados e mecanismos eficazes para suprir a falta do sistema eletrônico, de modo a prevalecer o bem jurídico de maior relevância a ser protegido: dignidade da pessoa humana.

Destarte, as novas tecnologias, para se mostrarem legítimas, reclamam sejam adequados, de um lado, o direito de publicidade ao direito de intimidade e privacidade; e, de outro, o direito à celeridade ao devido processo legal e, numa tetralogia mais moderna: publicidade + privacidade + celeridade + segurança, compatíveis com a ordem constitucional.

7. RESUMEN:

Este artículo analiza las nuevas tecnologías, su impacto y efecto sobre la actividad del magistrado, sus consecuencias para jurisdicionados, la legalidad y los efectos del

derecho electrónico de paliar la lentitud de la disposición judicial con el fin de cumplir el art. 5º, LXXVIII, de la Carta Magna.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Electrónico. Informática Jurídica. Las nuevas tecnologías del Poder Judicial. Velocidad de Procedimiento. Impacto causado en las actividades del magistrado.*

8. REFERÊNCIAS

A INTIMAÇÃO POR CORREIO ELETRÔNICO E AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2288>>. Acesso em: 01/07/2005 às 12:00 AM.

BRASIL (2003). Corregedoria-Geral do Tribunal Superior do Trabalho. Provimento nº. 01/2003. Publicado no DJU no dia 31 de julho de 2003.

BRASIL (2003). Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº. 21.575 de 02 de dezembro de 2003.

BRASIL (2004). Emenda Constitucional nº. 45 de 30 de dezembro de 2004. Publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº. 388/DF. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Publicado p. 80, DJ de 26/09/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 268037. Voto do Ministro César Asfor Rocha. Publicado p. 1/2, DJ 16/09/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº. 88914. Relator Ministro Cezar Peluzo. DJ 05/10/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Portaria DIGES/PRESI/195 de 11 de abril de 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança nº. 2004.04.01.036333-0/RS. Relator Desembargador Federal João Suarrex Chagas. DJU de 19/10/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Civil nº. 199937000082317. Relator Desembargador Federal Francisco Wildo. DJ 27/10/2006, página 1016, nº. 207.

JÚNIOR, José Cretella. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**, RF, 230:46.

LOPES Jr., Aury. **O interrogatório on line no processo penal: entre a assepsia judiciária e o sexto virtual**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências. São Paulo, ano 13, nº. 154, p. 6-7, setembro 2005, p. 6.

Pedido de Liberdade Provisória. Processo nº. 70208448870-0. Distribuído ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia.

PERU (1993). Constituição Política do Peru vigente a partir de 1993. Art. 2º.

STJ Notícias. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87605&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=videoconferencia>. Acesso em: 23/05/2008 às 08:11hs.



IMUNIDADES PARLAMENTARES

Gustavo Silva Calçado¹

RESUMO

Neste trabalho, pretende-se explicitar aspectos histórico-sociais da Imunidade Parlamentar, bem como trazer à baila sua importância como prerrogativa legislativa, além de evidenciar sua indevida utilização com o fim de mascarar ilicitudes; tal blindagem não é necessária, pois institutos tradicionais no direito brasileiro, como o *habeas corpus*, já se prestam como instrumentos para impedir eventual violência à democrática.

Palavras-Chave: Imunidade Parlamentar. Prerrogativas Parlamentares. Poder Legislativo. Poder Judiciário.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Imunidades Parlamentares – 2.1. Histórico – 3. Conceito de Imunidade Parlamentar – 3.1. Espécies de Imunidades – 3.1.1. Imunidade Material – 3.1.2 Características da Imunidade Material – 3.1.2.1 A Imunidade material no espaço – 3.2. Imunidade Formal – 4. A Imunidade Parlamentar na História – 4.1. Imunidade Parlamentar nos Estados Unidos e na França – 4.2 Na Constituição alemã – 4.3 Nas constituições sul-americanas – 4.4 Tratamento da Imunidade Parlamentar nas constituições brasileiras – 5. A Imunidade Parlamentar deve ser compreendida como uma prerrogativa institucional ou como um privilégio pessoal? – 6. As Imunidades dos Deputados Estaduais e Vereadores – 7. Conclusões – 8. *Summary* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

*“Sonhava com a câmara, com dinheiro nas algibeiras, roupas em alfaiates caros, passeio à Europa”*².

Dentre os motivos ensejadores deste estudo, o contexto político atual e a história do Brasil certamente serviram como eixo norteador para escrever sobre esta temática. Há quase vinte anos, desde a vigência da Carta de 88, responsável pela consolidação do Estado Democrático de Direito, fatos políticos e denúncias de corrupção feitas a parlamentares, tão difundidos pela mídia, trouxeram à tona assuntos como a necessidade de se mudar o instituto da imunidade parlamentar. Portanto seria impossível estudar o tema, sem fazer referência a esses acontecimentos. Citar-se-ão adiante, exposições, posicionamentos e estudos referentes.

A discussão que envolve a inviolabilidade parlamentar é um tema polêmico, pois, para muitos ou para a maioria da população, esse instituto, garantidor da autonomia legislativa frente aos outros poderes, associa-se sempre à impunidade. Este trabalho gira em torno de uma análise e crítica dos aspectos históricos, políticos, jurídicos e sociais vividos pelos brasileiros

¹ Advogado. Graduado pela UNIUBE em 2005. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL/SC.

² BARRETO, Lima. *Numa e a ninfa*. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Brasileira, 1950, p. 36.



ao longo do tempo em relação à imunidade parlamentar, sendo oportuno o estudo da legislação estrangeira, como efeito comparativo, sobre a eficácia e objetividade desse instituto nas legislações pelo mundo. O tema será desenvolvido sob o lume da atual Carta, modificada pela Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, cujo novo texto trouxe alteração no que tange à imunidade material, passando a irresponsabilizar o Congressista civilmente; e formal – exigia-se uma autorização da Casa para abertura de processo, agora é permitido sustar o trâmite por voto da maioria dos congressistas da Casa da qual o denunciado faz parte. Acompanhe:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, **civil** e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) (Grifo nosso)

Antes da reforma:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

Nesta linha, antes mesmo da reforma constitucional o STF já se posicionava pela irresponsabilidade civil em seus informativos:

A imunidade parlamentar prevista no art. 53, caput, da CF alcança a responsabilidade civil decorrente dos atos praticados por parlamentares no exercício de suas funções. É necessário, entretanto, caso a caso as circunstâncias dos atos questionados para verificar a relação de pertinência com a atividade parlamentar. Com esse entendimento, o Tribunal deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de 1º grau que, nos autos de indenização por danos morais movida contra deputada federal, determinara a extinção do processo sem julgamento de mérito devido a vinculação existente entre o fato praticado e a função parlamentar de fiscalizar o poder público (tratava-se na espécie, de divulgação jornalística da *notitia criminis* apresentada pela deputada ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro contra Juiz Estadual por suposto envolvimento em fraude no INSS).³

Bem a propósito, vale consignar o estudo de Jorge Kuranaka ao afirmar que tal prerrogativa, usada de modo equivocado, “deixa de beneficiar o Poder Legislativo, e passa mesmo a denegri-lo, na medida em que redunde na idéia de intocabilidade e impunidade que gera”⁴. Tal apresentação induz a repensar o instituto das imunidades parlamentares. Os princípios da independência e autonomia que sustentam a divisão orgânica do poder, segundo Montesquieu, adotados no Estado brasileiro, são garantia constitucional prevista no art. 2º.

Art. 2º São Poderes da União, **independentes e harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (grifos nossos)

Tais corolários têm o instituto das imunidades parlamentares como o garantidor para sua efetiva aplicação, haja vista sua aplicação dando ensejo à independência legislativa. Parte

³STF – Pleno – Rextr. nº 210.907/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12.08.1998. Informativo STF, nº 118, ago.1998.

⁴KURANACA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.02.

daí o debate sobre a tese da prerrogativa ou do privilégio. Não se estariam privilegiando os parlamentares? Será que em tempos onde não mais prepondera a arbitrariedade nos governos, justificar-se-ia tal instituto? Diante de sua existência, trata-se de um privilégio ou de uma prerrogativa?

Outro objeto interessante está relacionado ao texto do artigo 53 da Constituição, no que tange ao limite do gozo da imunidade: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Até onde é alcançado, ou até que ponto o congressista está acobertado pela imunidade? Avaliaremos essas questões.

2. IMUNIDADES PARLAMENTARES

2.1 Histórico

Do extinto latim, a palavra imunidade surge com o vocábulo *immunitas*, *immunitatis*, que quer dizer isenção de obrigação ou encargo; o dicionarista Antônio Houaiss⁵ identifica em um sentido mais amplo, atribuindo direitos, privilégios decorrentes de cargos ou função de quem exerce.

A Grécia antiga foi palco das idéias iniciais de tal instituto. Reunido em assembléias, o povo exercia a democracia direta, e aquele que usava a palavra tinha sob a cabeça a Coroa de Mirto, que, simbolicamente, significava a inviolabilidade. Nota-se que aquele que possuía a palavra ou expressava a opinião estava seguro quanto ao seu direito de se expressar. Vale reescrever aqui os estudos de Altino Arantes ao dizer “a coroa de Mirto, de que se cingiam as frentes o orador, tornava-os invioláveis pelas opiniões e pelos votos que proferissem”⁶.

A maioria dos autores reporta à origem inglesa, século XVII, com a Revolução Inglesa ou Gloriosa de 1688, quando ainda não se tinha constitucionalizado um Estado Democrático de Direito. O absolutismo monárquico preponderava por meio de ações intransigentes e incontestáveis de um poder unilateral e concentrado. O rei executava determinações por ele criadas e elaboradas, como também as julgava em instância única. Nos dias atuais, seriam inconcebíveis tais arbitrariedades, diante de um sistema jurídico regido por uma constituição responsável pela organização estrutural e funcional de um Estado, garantidora de direitos fundamentais dos homens. Na Revolução Inglesa, em 1688, a burguesia venceu o imperador tendo como um dos seus efeitos a divisão dos poderes. É evidente que qualquer mobilização revolucionária de sucesso, sustentada por uma aclamação popular em algum momento histórico, mexe com a estrutura organizacional do Estado, como também modifica a composição do poder. A revolução burguesa não foi diferente: o parlamento foi criado; o rei, retirado de sua veneração e limitado a aplicar as leis, que deveriam ser fiscalizadas pelos juízes. Com o poder segregado, dividido em legislativo, executivo e judiciário, retaliações, ameaças e perseguições às funções do parlamento eram constantes, principalmente oriundas dos monarcas, ex-detentores desse segmento de poder, que tiveram a vaidade maculada e não assimilavam essa nova prática política. Diante desse quadro, o poder legislativo ficava ameaçado quanto ao desempenho de suas atividades. Foi nessa perspectiva que o instituto da imunidade parlamentar foi criado, atribuindo a prerrogativa

⁵ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 405.

⁶ ARANTES, Altino. *Orações de Cícero*. Ed. W.M. Jackson Inc., 1949, p.32.

do exercício livre do mandato ante as pressões dos setores inconformados do executivo.

Importante passagem histórica que deve ser relatada é encontrada na Declaração dos Direitos – *Bill of Rights* – de 1689, art. 9º: “a liberdade de palavra e de debates no Parlamento não pode ser objeto de acusação ou de processo em nenhum tribunal ou lugar fora do Parlamento”. A inserção da matéria nesse texto do século XVII mostrou-se como um marco divisório: de um lado, a visão retrógrada de uma política centralizadora, arbitrária e intervencionista; de outro, alusão a um futuro incerto, mas convicto da necessidade de um maior equilíbrio entre os poderes. O ápice desse instituto ocorreu no final do século XVIII, na Revolução Francesa, como exigência da soberania do Parlamento moderno, que refletiria a própria soberania popular. Posteriormente, esse dispositivo foi incluído em outras constituições, na dos EUA de 1787, e na Francesa de 1791. Rapidamente as constituições brasileiras incorporaram esse instituto desde a de 1824, passando pela de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e finalmente na de 1988, como veremos a seguir. A imunidade parlamentar tornou-se imprescindível ao longo da história, no sentido de assegurar a liberdade do parlamento para exprimir as opiniões, palavras e votos, como também proteger de perseguições e processos arbitrários. Isto significa que tal dispositivo só se justifica enquanto garantia da instituição do Parlamento, como prerrogativa que objetiva assegurar o bom exercício legislativo, de forma a proteger a viabilidade democrática de um Estado, como também a própria casa legislativa.

Assim para o bom desempenho de seus mandatos [parlamentares], será necessário que o parlamento ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e ação, por meio de seus membros, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado.⁷

3. CONCEITO DE IMUNIDADE PARLAMENTAR

Trata-se de dispositivos legais que garantem ao parlamentar algumas prerrogativas, assegurando aos membros do Congresso, a mais ampla liberdade de exteriorizar suas opiniões, no exercício de suas funções, e protegendo-os contra abusos e violações por parte daquilo que se conhece como o sistema de freios e contrapesos entre os poderes. O fato de o parlamentar não poder dispor dessa garantia nos convence de que não se trata de privilégio, e, sim, de prerrogativa da instituição legislativa, pois não cabe ao congressista aceitá-la ou renunciar a ela.

José Afonso da Silva, nesta matéria, ensina que as prerrogativas são estabelecidas ao Poder Legislativo, não a um congressista, como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

A respeito da garantia do Congresso, como um todo, e não do congressista individualmente, Michel Temer acrescenta que a imunidade garante a atividade do parlamentar para garantir a instituição, e, ainda, “conferem-se a deputados e senadores prerrogativas de lhes permitir desempenho livre, de molde a assegurar a independência do

⁷ MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1057.

Poder que integram”.⁸

Kildare Gonçalves Carvalho nos relata que a imunidade constitui condição de independência do Poder Legislativo, pois ela não é instituída como privilégio dos membros do Congresso, mas tem finalidade pública, e não particular, voltada a garantir o bom funcionamento independentemente dos outros Poderes.

Nesta linha, aponta o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que as imunidades são prerrogativas, pois atendem ao interesse público, de forma que o parlamentar não pode renunciá-la. Se atendesse ao interesse particular do parlamentar, seria um privilégio. Esta prerrogativa tem a finalidade de garantir ampla liberdade de ação no exercício do mandato.

Ao discorrer sobre o mesmo assunto, José Cretella Junior salienta que as prerrogativas ou imunidades são exceções ao regime comum, destinadas ao bom exercício do mandato, pelo que são irrenunciáveis, pois derivam do “status”, e não do interesse pessoal.

Da mesma forma, Celso Ribeiro Bastos explica que é necessário que os parlamentares gozem de ampla liberdade de expressão e sejam resguardados de alguns procedimentos legais, com o objetivo de proporcionar melhores condições ao exercício do mandato.

O doutrinador Alexandre de Moraes, referência no Direito Constitucional brasileiro, conceitua imunidade parlamentar como a subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. O fato criminoso deixa de existir, porque a norma constitucional afasta a incidência penal.

Contudo, seguem algumas definições retiradas de dicionários jurídicos:

Imunidade. Conjunto de direitos exclusivo, privilégios, ou vantagens especiais que gozam certas pessoas, em virtude de sua posição oficial ou do cargo ou função que exercem.⁹

Imunidade Parlamentar. Direito constitucional. Privilégio que assegura aos parlamentares a liberdade de voto e opinião no exercício de suas funções e proteção contra ações judiciais, abusos e violências por parte de outros Poderes.¹⁰

Para aqueles que desempenham o bom mandato parlamentar, a proteção à função legislativa é de grande importância para a sociedade, pois a independência daqueles que a exercem é fundamental para garantir os interesses do povo brasileiro.

3.1 Espécies de Imunidades Parlamentares

São duas as espécies principais de imunidades parlamentares, adotadas pela maioria

⁸ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 19ª edição, Ed. Malheiros, p.129.

⁹ DIAS, Chizué Koyama. *Dicionário Jurídico de Bolso*, Editora Jurídica Mizuno, 1ª edição, 2004, p. 206.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, 2ª edição, Ed. Saraiva, 2005.

da doutrina, porém há de se destacar algumas variações atribuídas a situações específicas determinadas na Carta Maior de 88, como a do foro privilegiado, a não obrigatoriedade do testemunho, a imunidade militar e a imunidade no Estado de Sítio.

3.1.1 Imunidade Material

Estudar-se-á mais adiante que no Brasil a inviolabilidade esteve presente em todas as constituições, como a Carta do Império, 1834, art. 21; a Constituição de 1891, art. 19; a de 1934, art. 31; a de 1937, art. 43; a de 1946, art. 44; a de 1967 e a EC nº 1/69. Observada na vigente Carta, no art. 53 *caput*, a imunidade material dispõe que Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas palavras votos e opiniões expressados no exercício de seu mandato, objetivando a proteção do Poder Legislativo frente a abusos, ataques e pressões originários de outros Poderes, como já elucidado anteriormente. Pinto Ferreira conceitua como sendo “a prerrogativa concedida aos membros do Congresso para exercer a sua atividade com mais ampla liberdade de palavra, discussão, debate e voto”.¹¹ É, também, chamada por alguns doutrinadores, dentre eles José Afonso da Silva, de Inviolabilidade:

A inviolabilidade sempre foi a exclusão de cometimento de crime de opinião por parte dos Deputados e Senadores. [...] A inviolabilidade, que, às vezes, também é chamada de imunidade material, exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para as hipóteses, a incidência da norma penal¹².

Michel Temer vincula essa prerrogativa à atividade parlamentar:

Opiniões e palavras que, ditas por qualquer pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, mas que assim não se configuram quando pronunciados por parlamentar. Sempre, porém, quando tal pronunciamento for no exercício do mandato. Quer dizer: o parlamentar, diante do Direito, pode agir como cidadão comum ou como titular de mandato. Agindo na primeira qualidade não é acobertado pela inviolabilidade. A inviolabilidade está ligada à idéia de exercício de mandato. Opiniões, palavras e votos proferidos sem nenhuma relação com o desempenho do mandato representativo não são alcançados pela inviolabilidade.¹³

Michel Temer elucidada que é importante analisar com especificidade o nexos causal entre a inviolabilidade parlamentar e a função legislativa, ou seja, não se dispensa a verificação da implicação entre a manifestação do pensamento do congressista e sua condição como tal. Portanto aquilo que norteia manifestação de cunho pessoal, notadamente exteriorizado em entrevistas e discursos, não está protegido pela imunidade, devendo analisar criteriosamente os fatos para dirimir a questão, tendo como eixo norteador a defesa ao interesse público.

3.1.1.1. Características da Imunidade Material

Por se tratar de uma prerrogativa inerente ao Poder Legislativo, a *inviolabilidade*

¹¹ Ferreira *apud* Jorge Karanaka. 2002, p.115

¹² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª edição Ed. Malheiros, p.534/535.

¹³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 19ª edição, Ed. Malheiros, p.129.

caracteriza-se por dois principais fomentadores: a irrenunciabilidade e o postulário da ordem pública. Alexandre de Moraes¹⁴ cita voto do Ministro Celso de Melo, quando Ministro Relator do RTJ 155/399:

O instituto da imunidade atua no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face de outros poderes do estado. Entende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre a garantia da imunidade, qualquer poder de disposição.

Escuta-se muito deputados e senadores discursarem com veemência, evocando a renúncia à prerrogativa da imunidade. Isso ocorre quando são acusados pela prática de um crime, e, atentos a fortalecer seus argumentos de defesa, dizem abrir mão da inviolabilidade, evidenciando uma conotação mais política nesses dizeres, mesmo porque são sabedores de que, independentemente de sua vontade, a prerrogativa da imunidade lhes está assegurada. A ordem pública manifesta-se como fundamento da irrenunciabilidade. É com base no interesse público e na soberania popular que o congressista goza dessa prerrogativa. A inviolabilidade é uma isenção de responsabilidade, presente no texto constitucional, adquirindo cunho político quando se pondera a liberdade para representação da sociedade.

3.1.2.1 A Imunidade Material no espaço

No Brasil, este critério é muito discutido, ou seja, pairam debates a respeito do limite, ou até onde o parlamentar pode-se valer da inviolabilidade. Em vasta jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal

tem prestigiado a franquia constitucional, adotando entendimento de esta proteger o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem nexos com o exercício do mandato, quer produzidas fora do recinto da própria Casa, quer exercitadas no âmbito do Congresso Nacional.¹⁵

Ficou assentado que o parlamentar estará acobertado pelo manto da inviolabilidade naqueles atos praticados em função do mandato, e qualquer interpretação mais ampla estar-lhe-ia conferindo um indevido privilégio. A Emenda Constitucional n° 35, de 20 de dezembro de 2001, inova sobre a inviolabilidade nos crimes comuns. Antes, para processar criminalmente o parlamentar, havia a necessidade de uma prévia licença da Casa respectiva; agora, o processo é iniciado a partir da denúncia recebida, e o STF deverá comunicá-la à Casa da qual o parlamentar denunciado faz parte, podendo ela sustar o andamento, por iniciativa do partido político e por voto da maioria dos parlamentares. Manteve-se a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos no âmbito penal, ampliando-a para o direito civil – dever de

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Ed. Jurídico Atlas, São Paulo, 2006, p. 409.

¹⁵ RTJ 131/1039; RTJ 135/509; RTJ 648/318; RTJ 135/509; Inq. 390-5-RO; RT 648/318; Inq. 396-4-DF; RTJ 131/1039; RTJ 133/90.

indenizar. Neste sentido é o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 176): “[...] Assim o parlamentar não mais responde por dano moral, nem estará obrigado a indenizar o atingido eventualmente por suas palavras e opiniões. Claro deve-se entender, desde que ligadas ao exercício do mandato”.¹⁶ Desta feita, a inviolabilidade de opiniões e votos resta parcialmente inalterada pela emenda, com exceção da ampliação dada, nesses casos, na seara civil. Neste juízo, vale tecer que essa reforma constitucional, de certo modo, caminha no sentido antagônico ao direito lusitano. Utilizava-se do instituto das imunidades parlamentares como um escudo blindado, ou como uma névoa escura que impedia punir as ilicitudes penais praticadas por congressistas criminosos, a ampliação da couraça no âmbito civil deixou livre o caminho para os abusos do parlamentar que buscava, com seu mandato, a impunidade, alimentando as intempéries de uma democracia que, ainda muito jovem, tentava amadurecer. Por fim, a inviolabilidade abrange os deputados federais e senadores (art. 53, CF 88), os deputados estaduais (art. 27, § 1º, CF 88) e, nos limites da circunscrição de seu Município, os vereadores (art. 29, VIII, CF 88).

3.2 Imunidade Formal

Também denominada de Imunidade Relativa ou Processual, ao invés de excluir o crime, como na material, ela impede o processo, por isso o rótulo de prerrogativa processual. O texto constitucional, alterado pela emenda 35/2001 em seu art. 53, §2º e §3º, traz em seu bojo a prerrogativa pela qual os Deputados Federais, Distritais e Senadores não poderão ser presos, a partir da expedição do diploma, salvo se flagrado praticando crime inafiançável. Possibilita, também, sustação do andamento da ação, decidida pelo voto da maioria dos membros da Casa da qual o parlamentar faz parte.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) (grifo nosso)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, **por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) (grifo nosso).

Conforme aponta Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, Ed. Jurídico Atlas, São Paulo, 2006, p. 413), a imunidade processual “refere-se, a partir da EC nº 35/2001, à possibilidade de a Casa Legislativa respectiva sustar, a qualquer momento antes da decisão final do Poder Judiciário, o andamento de ação penal proposta contra parlamentar por crimes praticados após a diplomação”. José Afonso da Silva acrescenta, com base no estatuto dos Congressistas, que, após o pedido de sustação do processo, “deverá ser apreciado pela Casa no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa Diretora”.¹⁷ A Casa

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 32ª ed. São Paulo/ SP, 2006, p. 176.

¹⁷ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, p.535, São Paulo, 2005, p. 535.

deliberará pela maioria absoluta de seus membros sobre a sustação ou não do processo. Na hipótese de aprovação do pedido, o processo será sustado em qualquer fase, como também os prazos prescricionais, obviamente.

Nota-se que a imunidade formal tem aspecto puramente processual: retarda-se o tempo do procedimento criminal, paralisando-o até o término do mandato. Jorge Kuranaka defende que “apesar de não suspender a eficácia da norma pertinente que esteja a impor ao legislador o dever de responder juridicamente por suas condutas privadas, a faz protrair no tempo, postergando-a para após o término do mandato a responsabilização judicial cabível”.¹⁸ Observa-se o caráter relativo e temporal presente na imunidade formal; recebida uma denúncia contra um parlamentar, mesmo que sustado o procedimento e prescrição, o trâmite terá continuidade ao findar o mandato. Insta evidenciar questões relevantes sobre a prerrogativa de foro neste momento. Há nestes casos o juízo de atração para o STF durante o mandato, porém aqueles processos iniciados antes da diplomação, apesar de atraídos para o Supremo, não poderão ser sustados pela Casa, ficando a sustação adstrita às ações iniciadas depois da diplomação. Se o parlamentar perder o mandato, finda a prerrogativa do foro e a paralisação do processo – daquele iniciado durante o pleito. O processo tramitará na justiça comum, correndo novamente o prazo prescricional. Recai a imunidade formal em duas frentes subdivididas em prisão e o processo dos congressistas, vamos a elas:

Quanto à prisão, ou não-prisão, por prática flagrante de crime inafiançável, vale enaltecer a inovação trazida pela EC-35 relacionada à transparência nos procedimentos do Legislativo. O voto para resolver pela não-prisão do parlamentar acusado deve ser aberto, não secreto (art. 53 § 2º). Medida essa que deveria ser difundida no Congresso para todos os votos proferidos pelos representantes do povo e dos Estados da Federação. Prima-se pela clareza, a opinião pública tem o direito de ter conhecimento das manifestações proferias nos votos de seus eleitos. A prerrogativa da não-prisão é uma espécie de redundância legal, haja vista que o remédio para sanar uma prisão ilegal é sustentado expressamente pelo instituto constitucional do *habeas corpus*, ou seja, qualquer cidadão, parlamentar ou não, está acobertado pelo HC. Diante do tolhimento ilegal à liberdade de locomoção, o cidadão poderá, até mesmo de próprio punho, sem qualquer formalidade, impetrar *habeas corpus*, visando à correção do ato coator. Se a intenção da não-prisão do parlamentar é sustentada por uma irregularidade policial ou até por uma situação forjada para incriminar o congressista, ele pode se valer do HC. A prerrogativa da Imunidade Parlamentar não deve alimentar impunidade. Elucida José Afonso da Silva que os autos do flagrante devem ser remetidos, dentro de 24 horas, à Câmara respectiva, para que, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, decida sobre a prisão. Acrescenta ainda, valendo-se do raciocínio antes abordado sobre a redundância legal, que o parlamentar, como qualquer cidadão, não será preso ou mantido em prisão, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança, “se o crime for daqueles que admitem liberdade provisória, o tratamento a ser dado ao congressista há de ser idêntico ao dos crimes afiançáveis, ou seja: vedada a prisão”.¹⁹

Já quanto ao processo dos congressistas, eles possuem foro privilegiado ou

¹⁸ KURANACA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.179.

¹⁹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, p.535, São Paulo, 2005, p. 535.

foro especial, o julgamento é de competência do Supremo Tribunal Federal, desde a sua diplomação ou enquanto durar o mandato, como já dito. Os crimes comuns praticados pelos parlamentares, ligados ou não ao exercício do mandato, gozarão do foro privilegiado. Trata-se de uma afronta à própria essência da prerrogativa da imunidade, sobre a qual recai sua validade em virtude da função pública que ocupa e não em relação ao aspecto de vantagem pessoal. Seria decente e moralmente correto o processo dos crimes desvinculados ao mandato eletivo, se tivessem seu trâmite no juízo de 1º grau. Enfim, cessado o mandato parlamentar, não mais subsistirá o foro privilegiado. Em tempos atrás, prevalecia súmula do STF, nº 394, (cancelada em votação unânime pelos ministros) que dizia: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que durante o inquérito e ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. O art. 102, I, b da CF serviu como subsídio para a mudança de entendimento do Supremo. Ao tratar sobre a competência do STF para julgar originariamente as infrações do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional, de seus próprios Ministros e do Procurador Geral da República, visualizou, por óbvio, que, àqueles que não mais possuem tal investidura perderiam o privilégio do foro.

Se, de um lado, o parlamentar acusado perde esta prerrogativa quando perde o mandato, ele deverá adquiri-la quando eventualmente se investir de cargo tipificado no art. 102 da Carta, ou seja, se respondia processo antes de se eleger, após a diplomação valerá do STF para dirimir a questão. Sobre a abrangência dos crimes levados ao STF, Alexandre de Moraes explica que o tipo criminal “abrange todos os delitos penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais”²⁰. Tais posicionamentos estão pacificamente positivados pelos RTJ 63/1, Pet. 673-RJ, Rel. Min Celso de Mello; Inq. 496-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, e RTJ 91/423, Reclamação nº 511-9 – Paraíba, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça nº 202, 24 out. 1994, p. 28.668, respectivamente. Salvo disposição específica nas Constituições estaduais, o vereador não desfruta da prerrogativa de foro. Nas hipóteses de concurso de agentes, havendo a sustação do andamento da ação penal em relação ao parlamentar de co-autores não parlamentares, o processo deverá ser separado, enviando-se os autos à Justiça comum para que dê andamento contra os acusados não parlamentares, enquanto que para o parlamentar, ficará suspenso.

Naquilo que tange à não obrigatoriedade de testemunho, conhecido também como testemunho limitado, ao contrário do que possa parecer, limitar não significa impedir, mas tão-somente restringir, o que é feito através da imposição de determinadas condições.

De fato os Congressistas não estão obrigados a testemunhar ou prestar informações àquelas relacionadas ao mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações, por força do art. 53, § 6º, CF. José Afonso da Silva comenta arguindo que “Deputados e Senadores, em princípio, têm o dever de testemunhar em juízo sobre fatos que se suponham de seu conhecimento e indispensáveis à instrução do processo penal ou civil”.²¹ Em função dessa limitação é permitido ao parlamentar escolher data e hora convenientes para testemunho em juízo. Entretanto, objetivando a convivência harmoniosa

²⁰ MORAIS Alexandre. *Direito Constitucional*, 19ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2006, p. 418.

²¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 536.

entre os poderes, o parlamentar deve optar por uma ocasião em que haja funcionamento normal do Poder Judiciário. Vale enfatizar que o testemunho restrito não é abrangido quando o parlamentar é intimado para testemunhar na condição de cidadão, descobertos pela prerrogativa do cargo. Neste sentido, Alexandre de Moraes (2006): “Trata-se de escolha discricionária do parlamentar e não abrange o dever de testemunhar quando convocado na qualidade de cidadão comum, sobre fatos não abrangidos pela norma constitucional e necessários à instrução penal ou civil”.²²

Tal espécie de imunidade encontra guarida na situação em que o parlamentar freqüentemente tem acesso, em decorrência das funções que exerce, às informações que, de outra maneira, não poderia obter. Dados por vezes oficiais e outras decorrentes de contato com pessoas que buscaram auxílio no trato de denúncias, de forma que o parlamentar não pode ser obrigado a manifestar-se sobre essas pessoas nem sobre as informações que tenha recebido em função de seu mandato legislativo. Mesmo nesses casos, o parlamentar não poderá recusar-se a testemunhar, mas terá seu relato limitado com o objetivo de resguardar um bem maior, ou seja, proteger as fontes:

Protegeu-se, com essa cláusula de garantia, o direito do congressista ao sigilo da fonte de informação, desobrigando-o de indicar quem transmitiu ou de quem recebeu elementos de informação [...]. Congressista que não é testemunha, mas que figura como indiciado ou réu: ausência da prerrogativa processual a que refere a lei. Os Senadores e Deputados somente dispõem, de prerrogativa processual de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e a autoridade competente, quando arrolados como testemunhas.²³

Essa posição doutrinária é manifestamente adversa à busca da verdade real dos fatos. Se este é um princípio que norteia a solução de conflitos que batem à porta do judiciário, jamais eles poderiam ficar encobertos na fumaça do desconhecimento.

Ainda em seu art. 53 §7º, a Constituição Federal permite que Deputados e Senadores sejam incorporados às Forças Armadas, seja em tempos de guerra ou de paz, desde que a Câmara a que pertencer o parlamentar vote a concessão de licença para tanto. Por óbvio, é coerente obstaculizar que representantes dos anseios da sociedade, eleitos por ela, sejam desligados de suas funções para atender interesses de guerra ou não, que na maioria das vezes é contrária à vontade popular, sob a alegação de cumprimento de um dever cívico-militar. Ferreira Filho (2002) comenta ainda que a imunidade contra incorporação às Forças Armadas, mesmo em tempo de Guerra, foi inserida na Constituição para impedir a repetição do ato do Marechal Floriano, que convocou parlamentares em férias para o serviço ativo a fim de ensinar disciplina.²⁴

Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*, 19ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2006, p.418) comenta o tema:

A incorporação às Forças Armadas de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva

²² Obra citada, p. 419.

²³ (STF – Inquérito nº1504/DF, Informativo STF nº153)

²⁴ http://pt.wikipedia.org/wiki/Imunidade_parlamentar

(CF, art. 53, § 7º), caracterizando-se como uma imunidade, uma vez que o parlamentar fica imune a uma obrigação imposta pela Constituição Federal (CF, art. 143).

Certamente trata-se de algo de vital importância, não devendo ser necessária a prévia aprovação da Casa. Caso o parlamentar queira incorporar-se às Forças Armadas, não poderá fazê-lo sem renunciar ao mandato. Por último, a Carta de 88 traz no § 8º a imunidade dos congressistas durante Estado de Sítio, que consiste em uma decretação presidencial, ouvindo o Conselho de Defesa Nacional, e autorizado pelo Congresso Nacional nas situações dos incisos I e II do art. 137 da CF, sejam elas: comoção grave de repercussão nacional, ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, decretação de estado de guerra e resposta a agressão armada estrangeira. É certo que, em um Estado sitiado, qualquer alteração legislativa estaria motivada por uma situação de exceção, e geraria inevitavelmente uma insegurança jurídica, portanto a Constituição acerta em engessar qualquer alteração nas suas disposições, tendo como consequência a garantia das imunidades parlamentares. O texto constitucional as mantém durante o estado de sítio, autorizando a suspensão mediante voto de dois terços da respectiva Casa Legislativa para atos praticados fora do Congresso e incompatíveis com a medida de emergência. Tal prerrogativa é importante porque os parlamentares devem exercer o controle político sobre esse estado de exceção, seguros para desempenhar suas funções.

Diante dessas colocações, passa-se então a vislumbrar o tratamento dado ao tema nas Constituições que protagonizaram os primeiros dispositivos, para, posteriormente, analisar esse instituto no corpo das Cartas nacionais anteriores à atual.

4. A IMUNIDADE PARLAMENTAR NA HISTÓRIA

4.1. Imunidade Parlamentar nos e Estados Unidos e na França.

Em 17 de setembro de 1787, no art. 1, seção 6.1, a Constituição estadunidense contemplava a imunidade, assegurando-a aos parlamentares:

Art. 1º – Em nenhum caso, salvo traição, felonias perturbação da paz, poderão ser presos durante sua assistência à sessão das respectivas Casas, e enquanto a elas se dirigirem ou delas retornarem. Eles não poderão ser interpelados, em nenhum lugar, por discurso ou debate realizados em qualquer das Casas.

Interpretando esse preceito, assim discorre Edward S. Corwin:

Enquanto as palavras ‘traição, crime comum e perturbação da ordem pública’ referem-se às violações tanto das leis estaduais quanto das nacionais, a imunidade de prisão não inclui a de não atender citação em processo civil nem, pelo argumento de autoridade, a de escusar-se de depor perante uma Comissão do Congresso. Na verdade, desde a abolição da prisão por dívida, perdeu essa imunidade a maior parte de sua importância²⁵.

Como se vê, a legislatura estadunidense enfrenta a imunidade formal, porém não dispõe a necessidade de prévia autorização da Câmara para o processo penal. Na Europa, a

²⁵ CORWIN, Edwar. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, pp. 33 e 34.

iniciativa veio com a Constituição francesa em 3 de setembro de 1791, contemplando o instituto no título III, seção V, art. 7º:

“Art. 7º – Os representantes da nação são invioláveis, não poderão ser processados, acusados nem julgados, em tempo algum, pelo que tiverem proferido, escrito ou praticado no exercício de suas funções de representantes”. E ainda: “Somente poderão ser presos, por fato criminoso, em flagrante delito ou em virtude de mandado de prisão, dando-se ciência imediata ao Corpo Legislativo. O processo somente poderá continuar depois que o corpo Legislativo houver decidido sobre a procedência da acusação”.

A partir da consolidação nessas constituições, o instituto passou a ser acolhido pelas demais, evidentemente, cada qual subsidiada por aspectos históricos e sociais pertinentes a cada nação, variando quanto aos limites, eficácia e operacionalidade. Pinto Ferreira²⁶ traça o recebimento das imunidades em outras constituições: Iugoslávia, de 1953; Tcheco-Eslováquia, de 1948; Alemanha Oriental, de 1949; Bulgária, de 1947; Vietnã, de 1946; China, de 1954; Polônia, de 1952; URSS, de 1936; Albânia, de 1946; Hungria, de 1949; Mongólia, de 1952. Lembrando que cada uma adere aos aspectos sociais e históricos de seu povo.

4.2. Na Constituição alemã

Na Alemanha, também são consagrados os dois tipos de imunidades já tão referidos, sendo que a imunidade material garante ao parlamentar uma ampla liberdade no exercício do seu mandato, não só frente ao governo, como aos partidos e ao corpo eleitoral. Essa ampla liberdade encontra limitação tão-somente no caso de ofensas caluniosas, inadmissíveis à luz do art. 46, I, **in fine**, da Lei Fundamental alemã. Quanto à prisão do parlamentar, é ela permitida apenas em caso de flagrante delito. Entretanto, ressalva a Constituição alemã o poder da Câmara de determinar a soltura do congressista, exigindo-se, ainda, a sua prévia licença para a instauração do processo.

4.3. Nas constituições sul-americanas

Far-se-á adiante uma análise breve do tratamento dispensado, em alguns países sulistas, à imunidade parlamentar.

Uruguai: datada de 24 de agosto de 1966, a constituição uruguaia traz em seu art. 112, que nenhum de seus Senadores e Deputados não serão responsabilizados por opiniões e votos emitidos no desempenho de suas funções, limitando tal prerrogativa aos casos de prisão em flagrante, nos termos do art. 113. Adiante, o art. 114 trata da imunidade processual, impossibilitando a denúncia criminal nos crimes comuns, salvo os crimes que violam a constituição pátria ou delitos mais graves. A respectiva Casa do acusado, com voto de dois terços do total dos membros, deliberará sobre a culpa, podendo ou não suspender o parlamentar das funções legislativas, ficando a cargo do poder judiciário sancioná-lo criminalmente.

Argentina: mais recente, a constituição argentina, de 1994, limita a imunidade às opiniões ou discursos emitidos no exercício da função, não contemplando a necessidade da

²⁶ FERREIRA, Pinto. *Imunidades Parlamentares*, pp. 51 e 52.

licença prévia da Casa. Se a iniciativa partir de denúncia na justiça comum contra qualquer parlamentar, poderá a Câmara, com anuência de dois terços do parlamentares da Casa, suspender o acusado das funções pertinentes, remetendo-o ao juízo competente. É vedada a prisão, salvo nos casos de flagrante de crime infamante que conte com pena de morte.

Paraguai: naquilo que tange às funções parlamentares, nenhum senador ou deputado poderá ser acusado ou interrogado judicialmente por manifestar suas opiniões; é o que traz a Carta paraguaia, datada de 25 de agosto de 1967. Durante o mandato, não poderá ser preso, salvo em flagrante delito, ficando detido na própria residência. O fato deve ser comunicado à Casa, que poderá, por votação de dois-terços, suspender o mandato do acusado, colocando-o à disposição da Poder Judiciário.

Bolívia: a constituição boliviana de 1967, reformada em 1994, reza sobre a inviolabilidade parlamentar no exercício de suas funções, no que trata à manifestação de opiniões e votos. Traça literalmente que nenhum parlamentar poderá ser perseguido ou preso em matéria alguma, somente com permissão da Câmara, com voto de dois terços dos membros; aí, sim, há a concessão da licença para o processamento.

4.4. Tratamento da Imunidade Parlamentar nas Constituições Brasileiras

Partindo do que entende hoje, a imunidade parlamentar sofreu muitas modificações,oras mais ampla, ora mais limitada, dependendo sempre do momento político, como também da influência de circunstâncias históricas e sociais vividas no país. A partir de agora, far-se-á um estudo mais detalhado do tema nas Cartas Constitucionais brasileiras.

Carta do Império, 1824

Absolutista quanto à organização estatal, e liberal quanto aos direitos individuais, esta constituição, em especial, inspirava autonomia política, uma independência recém conquistada da colônia. A imunidade parlamentar está prevista no Ato Adicional, lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, art. 21, que traz: “Art. 21 – Os membros das assembléias Provinciais serão invioláveis pelas opiniões que emitirem no exercício de suas funções”. Para que algum senador ou deputado fosse preso, a Constituição, em seu art. 27, tratava da ordem prévia da respectiva Casa. Salvo caso de flagrante delito de pena capital, em outras hipóteses não seria possível o processamento: “Art. 27. Nenhum senador ou deputado durante a sua deputação pode ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva câmara, menos em flagrante delito de pena capital”. O Poder Judiciário, acolhendo a acusação, suspenderá o procedimento, dando ciência à Casa da qual o parlamentar pronunciado faz parte, a qual ficará responsável pela autorização da continuidade do processo, como também de suspendê-lo ou não do exercício do mandato:

Art. 28. Se algum senador ou deputado for pronunciado, o juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva câmara, a qual decidirá se o processo deva continuar e o membro ser ou não suspenso do exercício das suas funções.

Constituição de 1891

Nasceu após a queda da monarquia e com a conseqüente Proclamação da República

em 15 de novembro 1889. O instituto é tocado de maneira mais ampla quando comparado com a carta anterior. Já nas disposições gerais do Poder Legislativo, expõe a inviolabilidade dos congressistas no que tange a suas opiniões e votos no exercício do mandato, sendo claro no aspecto formal, dispondo o período, desde a diplomação à nova eleição:

[...] data em que recebido o diploma até à nova eleição, que não serão presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença da sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Nesta última hipótese, fica estabelecido que o processo prosseguirá até a pronúncia exclusive, cabendo à autoridade processante remeter os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, caso o acusado não opte pelo julgamento imediato.²⁷

Enquanto na constituição do império seria necessária uma prévia autorização da Câmara para o processamento de demais crimes, nos casos de flagrante delito e pena capital, a Câmara livrar-se-ia de apreciação, ficando livre o caminho para o processo. Na constituição de 1891, exigiu-se tal licença nos crimes cometidos em flagrante e de pena inafiançável, na fase processual de pronúncia do parlamentar, ou seja, o processo inicia sem a necessidade de autorização, sendo consultada no momento de pronúncia do parlamentar, deliberando se procede ou não tal acusação. Percebeu-se que, na Carta de 1891, o processo fica submetido à apreciação da Casa para todos os crimes, com exceção daqueles crimes em que a lei trata da inviolabilidade e nos casos de flagrante e crimes inafiançáveis, podendo ser apreciados os últimos na fase de pronúncia. Por fim, a Revolução de 30 encerraria o período de vigência dessa primeira carta republicana, devido às intensas discussões que vislumbravam a necessidade reformá-la.

A Constituição de 1934

Dispõe a constituição de 1934 uma particularidade sobre o papel do Senado Federal, figurando-o unicamente como órgão consultor da Câmara dos Deputados. Nota-se, no art. 22, que o Poder Legislativo será exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal: “Art. 22 – O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal”. Como se vê, não se verificava a equidade encontrada no sistema bicameral. Por isso o instituto da imunidade parlamentar era tão-somente prerrogativa dos Deputados, portanto, somente os congressistas da Câmara gozariam da inviolabilidade das manifestações de opinião, palavras e votos proferidas durante o exercício do mandato parlamentar. Era o que dispunha o art. 31 desta carta: “Art. 31 – Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato”. O artigo 32 trazia em seu texto a necessidade da licença prévia da Câmara, exigida para o início de um processo criminal, ou autorização para prisão do parlamentar, salvo nos casos de crimes inafiançáveis e flagrante. Tal imunidade dar-se-ia desde o recebimento do diploma até a expedição do próximo diploma da legislatura subsequente. Importa ressaltar um aspecto interessante nesta Carta: apesar de restrita somente aos deputados, a imunidade era estendida ao suplente imediato.

Art 32 – Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até à expedição dos diplomas para a Legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em

²⁷ KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo SP, 2002, p. 103.

crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.

§ 1º – A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao Presidente da Câmara dos Deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ela resolva sobre a sua legitimidade e conveniência e autorize, ou não, a formação da culpa.

Composto de dois parágrafos, o mesmo artigo dispunha no primeiro que, nos casos de prisão em flagrante de crime inafiançável, o Presidente da Câmara dos Deputados deverá ser imediatamente comunicado, “devendo os autos serem remetidos para que ele resolva sobre sua legitimidade e conveniência, e autorize ou não, a formação da culpa”.²⁸ Nota-se que, naqueles casos que o plenário da Casa não poderia opinar, ficava a cargo da presidência tal finalidade, ou seja, qualquer pessoa de médio conhecimento político observava a roupagem vestida no instituto, ou a má intenção do legislador. Com uma boa articulação política na Casa, conseguir-se-ia estender a prerrogativa até mesmo aos crimes inafiançáveis e de prisão em flagrante, banalizando a finalidade principiológica da imunidade parlamentar.

Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, era outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas a Constituição do Estado Novo, a quarta do país. Seguindo uma tendência adotada na carta anterior, a qual dispunha que o Senado Federal era tão-somente um órgão consultor na Câmara dos Deputados, esta, por fim, modifica sua nomenclatura para Conselho Federal, conforme art. 18, § 1º. Quanto à imunidade, a Carta de 37 dispõe que nenhum membro do Parlamento poderá ser preso ou processado criminalmente sem licença da respectiva Casa, enquanto de seu funcionamento. Assim reza o art. 42:

Art. 42 – Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Diferentemente das Constituições precedentes, o art. 43 prevê que os membros do Parlamento Nacional responderão perante sua Casa, pelas opiniões e votos que emitirem no exercício das suas funções, não afastado a possibilidade de responderem criminal e civilmente pelos crimes contra a honra, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Art. 43 – Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Nota-se uma verdadeira afronta à liberdade e aos princípios democráticos que deveriam reger uma nação, período trágico da história brasileira em que muitos parlamentares foram presos.

²⁸ KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo SP, 2002, p. 104.

Constituição de 1946

A Assembléia foi fixada em 2.2.46. O sentimento manifestado pelos componentes resultou na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18.9.46. Como se vê, o bicameralismo foi restabelecido, a figura do Vice-Presidente restituída, cabendo-lhe ainda a função de presidir o Senado. Sem dúvida, o texto fora inspirado na Carta de 1934. Justamente por essa inspiração retrógrada, talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Pelo instituto da Imunidade Parlamentar, como nas anteriores, exceção feita à de 1937, Deputados e Senadores eram invioláveis nas opiniões, palavras e votos (art. 44), durante seu mandato legislativo, não podendo ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa (art. 45). O § 1º do art. 45 estabelece que, em caso de flagrante de crime inafiançável, os autos devem ser remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, a fim de que esta resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa. O § 2º deixa claro que a deliberação da Câmara será pelo voto da maioria de seus membros. Nota-se que, do ponto de vista formal, também não houve alterações, permanecendo a previsão do gozo da prerrogativa aos congressistas desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte.

Importa frisar que o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, impôs a suspensão por dez anos dos direitos políticos de vários cidadãos vistos como opositores ao regime, dentre eles congressistas, militares e governadores. Iniciou-se a busca aos subversivos. Cassação, morte, prisão, tortura era rotina nos quartéis militares. Torna-se fácil perceber que os critérios democráticos foram arruinados quando institucionalizaram as eleições, pois só o colégio eleitoral composto pelos congressistas, que supostamente representavam os anseios e desejos da população, poderia eleger o Presidente da República. A Constituição da República de 1946 foi suspensa por seis meses e, com ela, todas as garantias constitucionais. Quanto ao tema das imunidades, os congressistas ficaram, a partir de julho do mesmo ano, sujeitos à Emenda Constitucional nº 9, que, de alguma forma, trazia em seu texto uma eficiência maior, facilmente perceptível: "Em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estiver resolvida em 120 dias, contados da apresentação do pedido, este será incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer."

Constituição de 1967

Não causaria surpresa dizer que nesta Carta haveria algumas modificações com relação ao instituto da Imunidade Parlamentar, uma vez que foi promulgada em plena ditadura militar. Nesta Carta, o tema foi tratado pelo art. 34 e parágrafos, dentre os quais o segundo diminuía o prazo para que se resolvesse sobre a autorização para abertura do processo crime, de 120 dias para 90. O voto secreto foi instituído no parágrafo 3º, nos casos em que a Câmara deve resolver sobre a prisão nos crimes inafiançáveis. O mesmo se faz quanto à autorização para o parlamentar se incorporar às forças armadas (parágrafo 4º). Por último, o parágrafo 5º trata das prerrogativas quanto ao testemunho. O dispositivo impõe uma condição para que o congressista se valha desta imunidade, afastando sua aplicação nos caso de não atendimento à convocação judicial, desde que sem justificativa.

Sobre a imunidade material e formal, esta Carta Constitucional não alterou o texto anterior, permanecendo os parlamentares imunes e invioláveis no exercício do mandato por suas opiniões palavras e votos. A ditadura militar certamente não foi um período na política nacional merecedor de elogios. Fase na qual se atropelavam corolários democráticos e princípios republicanos, a sociedade, durante um bom tempo, ficou resignada, submissa aos mandos ditatoriais. Em dezembro de 1968 – 4 anos após o golpe e 1 ano da promulgação da Carta de 67 –, aquela tendência, que já se notava nas limitações ao Poder Legislativo, consolidou-se definitivamente com o Ato Institucional nº 5. Exteriorizou-se no Brasil um modelo centralizador jamais visto na história pátria: o Presidente da República fechou todas as casas representativas do país, Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais. Em tempo, o Ato Institucional nº 5 inviabilizou quaisquer manifestações de continuidade, pois aqueles congressistas cassados não poderiam ser substituídos. Desta feita, o parágrafo único do art. 4º desse malfadado Ato.

Percebe-se claramente o engessamento da representatividade estadual e popular: não se poderia argüir sobre abusos ou qualquer outra medida impositora dos generais. De fato, o Brasil viveu um retrocesso em vários aspectos, principalmente quanto ao cerceamento da liberdade individual. Isso significa que o presidente da república, à época general Costa e Silva, suspendia os direitos políticos, demitia ou aposentava juizes e outros funcionários públicos, poderia suspender o *habeas corpus* em crimes contra a segurança nacional, legislar por decreto, julgar crimes políticos em tribunais militares, dentre outras medidas autoritárias.

Emenda Constitucional nº 01, de outubro de 1969

Esse texto é tratado por alguns doutrinadores, dentre os quais José Afonso da Silva, como se uma Constituição fosse, apesar de formalmente tratar-se de Emenda ao texto de 1967. Um aglomerado de atos, totalmente arbitrários e autoritários – art. 3º do Ato Institucional nº 16/69, c/c § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº5/68 (já citado) c/c Ato Complementar nº38, responsável por decretar o recesso legislativo –, serviu de subsídio para viabilizar a EC nº01/69. O instituto em análise é tratado pela EC nº1 no art. 32 e parágrafos, inovando em alguns aspectos. A imunidade material é relativizada, mantém-se a inviolabilidade das palavras e votos, porém se proferidas resultando ofensa ou caracterizando calúnia, difamação e injúria, tal prerrogativa material ficaria prejudicada.

Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.

Observa-se então que a liberdade parlamentar em emitir opiniões ficou limitada, ou seja, o poder da palavra, instrumento indispensável no exercício da fiscalização, ficou mitigado. Analisando-se o disposto sobre a imunidade formal, presente no parágrafo 1º, não será notada qualquer alteração. Fixa-se que o parlamentar gozará da prerrogativa desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo flagrante de crime inafiançável.

§ 1º Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem,

os deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante crime comum ou perturbação da ordem pública.

O parágrafo 2º é autoexplicativo, trata da prerrogativa de foro. Basta uma leitura simples para entendimento. Desta maneira, dispunha:

§ 2º Nos crimes comuns, os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Quanto à imunidade ao alistamento militar, os congressistas só estariam autorizados a incorporar-se, se esse fosse o entendimento da Casa da qual o mesmo fazia parte. Sem mudança:

§ 3º A incorporação, às forças armadas, de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

O último parágrafo trata da prerrogativa do testemunho dos deputados e senadores. Nas hipóteses de convocação do congressista pelo Poder Judiciário, na condição de cidadão comum, estaria assegurada a discricionariedade de seu depoimento, salvo se faltar ou não atender injustificadamente:

§ 4º As prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem êles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, o convite judicial.

O AI nº 5 vigorou até 1979. A partir de então, o Poder Legiferante foi minimamente resgatando seus valores, reforçado pela EC nº 22 de junho de 1982 (alterou a EC nº 1/69), que ainda preservava em seu art.32 a exceção à inviolabilidade, nas hipóteses de cometimento de crimes contra a honra. Os processos que apuravam crimes contra a Segurança Nacional cometidos por parlamentares independiam de licença da Casa, podendo o Procurador Geral da República suspender o mandato do congressista até o término da ação.

5. A IMUNIDADE PARLAMENTAR DEVE SER COMPREENDIDA COMO UMA PRERROGATIVA INSTITUCIONAL OU COMO UM PRIVILÉGIO PESSOAL?

Trava-se neste momento uma discussão sobre a particularidade do instituto em análise: estamos diante de uma prerrogativa ou de um privilégio parlamentar? Insta observar que outros corolários constitucionais entrarão na pauta discursiva, haja vista um possível confronto com o princípio da igualdade, disposto no art. 5º da Carta de 88. Já foi ponderado, anteriormente, que esta garantia é um instituto diretamente ligado à função legislativa, prerrogativa na qual o deputado e o senador se valem para exercer, com independência, a fiscalização das ações públicas. Tal posição é exteriorizada pelos doutrinadores com amplitude. Michel Temer posiciona-se: “Conferem-se a deputados e senadores prerrogativas com o objetivo de lhes permitir desempenho livre [...]”²⁹. Alexandre de Moraes advoga o entendimento de que “São diversas as prerrogativas e vedações constitucionais previstas na Carta Magna aos membros do Poder Legislativo, todas com garantias de existência e

²⁹TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 19ª edição, Ed.Malheiros, p. 129.

independência do próprio Parlamento [...]”³⁰. No mesmo sentido, José Afonso da Silva assegura: “A CF/88 restitui aos parlamentares suas prerrogativas básicas [...]”³¹. De igual conteúdo são as lições de Kildare Gonçalves Carvalho: “[...] as imunidades parlamentares não são constituídas como privilégios dos membros do congresso Nacional, mas têm finalidade pública não particular [...]”³². Nota-se que o assunto está assentado pelos estudiosos sobre o tema, algo que para outros seria inadmissível. Para Flávia Piovesan, Professora-doutora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da PUC/SP, procuradora do Estado de São Paulo, em artigo publicado pela *Folha de S.Paulo*, em 4/7/01 diz:

A imunidade processual afronta o princípio da igualdade de todos perante a lei, que requer seja a lei aplicada de forma geral e genérica a todos os indivíduos, independentemente do cargo e da função que exerçam.

Afronta ainda a chamada *accountability* e a exigência de responsabilização de todos os agentes públicos pelas ações que cometerem. O fato de exercer determinada função pública não pode ser escudo para a atribuição de responsabilidades. A título de exemplo, merece menção o caso Pinochet (preso na Inglaterra e processado criminalmente) e o caso Milosevic (preso e indiciado pelo Tribunal da ONU), bem como toda a tendência contemporânea de abolir as imunidades em razão do exercício de determinado cargo, tornando as pessoas públicas responsáveis pelos seus atos. Basta, para tanto, citar o artigo 27 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente, de 1998, ao prescrever que o Estatuto será aplicável igualmente a todos, sem distinção alguma baseada em cargo oficial, que não poderá eximir a responsabilidade penal e nem tampouco poderá ser motivo para a redução de pena.

Entende a professora tratar-se de um privilégio parlamentar, visão contrária à de nobres doutrinadores. Recentemente, outra matéria publicada na mídia escrita, fortaleceu a opinião da nobre Procuradora do Estado. A opinião do Ministro do Superior Tribunal de Justiça João Otávio de Noronha pregava – dentro do cenário do julgamento pelo STF sobre o escândalo do “mensalão” – a desnecessária prerrogativa de foro. Afirmava que o Presidente da República, ministros de tribunais superiores e parlamentares são cidadãos em cargo de agentes públicos e, por isso, não deveriam ter uma legislação privilegiada: “não sei nem se é um privilégio, mas acho que temos que acabar com esse foro de exceção”³³. O Ministro lembrou o caso do ex-presidente estadunidense Bill Clinton: quando acusado de assédio sexual, foi julgado por um juiz de primeiro grau. Torna-se razoável observar que nenhum dos extremos satisfaz a democracia. O art. 53 da Carta de 88, alterado pela EC 35/01, preceitua a inviolabilidade criminal e civil naquilo que norteia opiniões, palavras e votos do parlamentar, ainda que veiculadores de supostas ofensas morais. Neste entendimento, a inviolabilidade é vital, porque constitui a liberdade de manifestação no exercício do mandato. Amarrar o Poder Legislativo ou limitar sua ação alimentaria um retrocesso ao tempo dos coronéis, da tortura, do cerceamento das liberdades individuais; portanto, nesta linha, o parlamento, que tem na

³⁰MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 5ª edição, Ed. Atlas, p.1057.

³¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª edição Ed. Malheiros, p. 534.

³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo*, 11ª edição, Ed. Del Rei, p.626.

³³ Jornal Estado de São Paulo, página A 10, reportagem sob o título: Ministro do STJ prega fim do foro privilegiado no País. Escrito por Renata Veríssimo e Gerusa Marques.

origem da palavra o conceito de ato de falar, só estaria resguardado por meio do instituto da inviolabilidade. Vale aqui referendar a concepção de Paulo Fernando Silveira ao afirmar que a imunidade é absoluta no âmbito restrito das funções congressualistas, diferente daquelas tidas como políticas, pois existe:

[...] a linha separando ações protegidas das não protegidas é a última entre ‘atividade puramente legislativa’ e ‘matéria políticas’. Atividades legislativas incluem todas ações congressionais que são ‘uma parte integral do processo deliberativo e comunicativo pelo qual os membros participam de comitês e procedimentos da Casa relativamente à consideração e passagem ou rejeição de legislação proposta ou referente a outras matérias que a Constituição coloca dentro da jurisdição de cada Casa. [...] Desprotegidas matérias políticas incluem serviços providenciados aos parlamentares ajuda individual, procurando contratos governamentais, bem como na comunicação direta com o público, ou através da mídia ou de discursos manifestados fora do Congresso ou por meio de publicação de livros. Essa publicação externa não é protegida pela cláusula do discurso e do debate [imunidade no direito estadunidense] mesmo se o material publicado estava anteriormente conectado ao curso de uma atividade legislativa protegida³⁴.

O texto constitucional contemporâneo ainda traz a possibilidade da sustação do processo. Esse aspecto merece uma leitura mais atenta, pois mora aqui o oportunismo daqueles que fazem com que a prerrogativa se transforme em privilégio. Por esse motivo, tal dispositivo constitucional merece revisão. Jamais o Poder Judiciário deveria estagnar o trâmite processual frente à sustação constitucional reservada à Casa Legislativa, ou melhor, não deveria haver esse dispositivo no § 3º do art. 53 da Carta alterada pela emenda:

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, **poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

Um argumento que, mesmo proferido antes da emenda nº 35/01, demonstra a covardia do Poder Judiciário:

[...] está, com todo respeito, passando da hora do Supremo Tribunal Federal deixar de pedir autorização para processar os deputados e senadores em crimes comuns não envolvendo a liberdade de opinião ou livre manifestação política, eis que lhe compete dizer e delimitar precisamente a imunidade parlamentar, exercendo sua função constitucional de frear o abuso do Congresso, que avocou, inconstitucionalmente para si o poder decisório, usurpando competência essencialmente própria do Poder Judiciário.³⁵

Desta feita, esta arguição deve ser lida com ressalva, pois, como dito, foi defendida

³⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*, 3ª edição, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p.118/119.

³⁵ Idem.

antes da mudança, entretanto continua imperioso nos dias atuais. Se antes da mudança o Judiciário pedia a permissão para processar, hoje o egrégio Tribunal susta o andamento diante do pedido da Casa. O constituinte derivado apenas prorrogou a possibilidade de paralisar o andamento. O poder decisório continua com o Congresso, retirando-o do Judiciário brasileiro. Deve-se, a partir daqui fazer uma distinção entre o que é jurídico e o que é político. Ser indiciado em um inquérito policial, ou responder a alguma ação judicial como réu, não indica que juridicamente está condenado. Existe todo um caminho a ser seguido, deve-se respeitar o contraditório e a ampla defesa, porém as conseqüências políticas são, na maioria das vezes, injustas e causadoras de um prejuízo quase que irremediável. Um caso recente na política pátria ilustra esta distinção: em 1992, Fernando Collor foi acusado de corrupção, o que gerou investigações lideradas pela imprensa e, posteriormente, pelo Congresso Nacional. Acabou renunciando em 29 de dezembro de 1992 e sucedido pelo vice-presidente, Itamar Franco. Em 1994, Collor foi absolvido das acusações de corrupção pelo Superior Tribunal de Justiça, por cinco votos favoráveis e três contrários. Mesmo assim, continuou suspenso da vida pública por 8 anos. No Supremo Tribunal Federal, foi acusado de prática de crime comum de formação de quadrilha, havendo sido absolvido por falta de provas. Fernando Collor de Mello foi absolvido de 103 acusações feitas contra ele e condenado em nenhuma. Percebe-se, pela conseqüência natural dos fatos, que o julgamento político de *impeachment* jamais poderia prevalecer frente ao jurídico. Neste caso em particular, a imprensa, motivada politicamente, vendeu à época uma imagem que, nos dias atuais, contribui para uma inversão de valores, que leva o Poder Judiciário à descrença da sociedade.

Na hipótese de flagrante de crime inafiançável, defendida no § 2º do art. 53, a prisão não deve ser resolvida pela Casa respectiva, pois já existem remédios jurídicos para inviabilizar o cerceamento da liberdade ilegal: o *habeas corpus* e, dependendo do caso, a liberdade provisória. Desta forma, impediria que o curso criminal do processo fosse impedido por uma articulação política mesquinha, desinteressada quanto à vontade popular, podendo o congressista, preso ilegalmente, impetrar um HC, visando sua liberdade, além de poupar a já saturada pauta legislativa. Algo diferente disso, ou atribuir-lhes uma segurança maior, seria privilegiá-los.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

Para o indiciamento em um inquérito judicial, o STF já manifestou em plenário pela não necessidade de licença:

A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal, não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em conseqüência e independentemente de qualquer licença congressional, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que estas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o órgão judicial competente: o STF, no caso de os

investigados serem congressistas³⁶.

Neste momento final, não se pode esquecer que os próprios parlamentares, são os criadores das regras de um jogo do qual são protagonistas, por isso a manifestação popular por meio de um plebiscito ou referendo daria a adequada legitimidade.

6. AS IMUNIDADES DOS DEPUTADOS ESTADUAIS E VEREADORES

O Poder Legislativo possui as prerrogativas constitucionais, e

[...] em decorrência do pacto federativo, atribui-se também aos Estados-membros, ao Distrito Federal e ao município, em razão da tríplex capacidade, competência legislativa também nesses níveis, a serem exercidos através de representantes para tanto eleitos. [...] Não mais se discute se possuem ou não a proteção, visto ser expressa a Constituição. Menor, porém, a franquia ao legislador municipal³⁷

A Carta dispõe, dentro do Capítulo III (Dos Estados Federados), do Título III (Da Organização do Estado), no parágrafo 1º do art. 27, a extensão das inviolabilidades e imunidades aos deputados estaduais: “Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”. Em consonância com o texto maior, entende Alexandre de Moraes que,

[...] nos termos do § 1º art. 27 da CF, o Estatuto dos Congressistas deve ser aplicado integralmente aos parlamentares estaduais, inclusive no tocante à inviolabilidade e imunidades. [...] poderá receber a denúncia oferecida contra deputado estadual, devendo somente dar ciência a Casa Legislativa, que poderá, por iniciativa do partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, até a decisão final, sustar o andamento da ação³⁸.

A blindagem constitucionalmente ampliada aos legisladores estaduais manifesta-se, por óbvio, às manifestações conexas ao exercício funcional, podendo exteriorizá-las além dos limites do Estado federativo. O foro para julgamento é o Tribunal de Justiça, em obediência ao princípio da regionalidade, porém, nas hipóteses de crime federal praticados por deputados estaduais, a competência é do TRF. Pronunciou sobre o tema o Supremo Tribunal Federal no HC nº 69.465-9/RS:

Crime praticado por deputado Estadual em detrimento de bens, serviços ou interesses de Autarquia Federal. Competência. É da competência originária dos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, por crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses das entidades autárquicas da União, deputado estadual

³⁶ STF – Pleno – Recl. nº511-9/PB – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça, Seção I, 15 de set. 1995 – Ementário STF, nº 1800-01*). No mesmo sentido STF – o inquérito nº1504/DF – Rel Celso de Mello, *Informativo STF, nº 153*.

³⁷ KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo SP, 2002 p. 221.

³⁸ MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 5ª edição, Ed. Atlas, p. 724.

que, nos crimes comuns, tenha no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função. Interpretação analógica. Ordem conhecida, mas indeferida³⁹.

Na mesma linha, o STJ:

A Constituição de 1988 é omissa quanto ao órgão competente para julgar deputado estadual acusado de prática de crime em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, suas autarquias ou empresas públicas. Aos tribunais de justiça não se pode atribuir competência por prerrogativa de função, quando lhes falta jurisdição. Compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar deputado estadual que tenha no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função, se acusado da prática de crime em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, suas autarquias ou empresas públicas⁴⁰.

A Constituição Federal não previu a imunidade formal dos vereadores, limitou-se a tecer o aspecto material em seu art. 29, III, estando inviolável por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município. Essa garantia constitucional não restringe o edil a gozá-la somente nos limites territoriais do município, muitas vezes os vereadores representam os interesses da população em outras localidades. Neste entendimento, a leitura correta é do uso da prerrogativa em atividades vinculadas com a função, como já se manifestou o STF:

[...] A proteção constitucional inscrita no art. 29, III da Carta Política estende-se – observados os limites da circunscrição territorial do município – aos atos do Vereador praticados *ratione officii*, qualquer que tenha sido o local de sua manifestação, dentro ou fora do recinto da Câmara Municipal.⁴¹

Assim sendo, quaisquer normas, criadas pelas Constituições Estaduais ou leis orgânicas municipais, sobre imunidade serão manifestamente inconstitucionais, tendo como subsídio o disposto no art. 22, I, CF/88, que reza sobre a responsabilidade privativa de a União legislar sobre a matéria. Em regra não existe foro privilegiado para dirimir a responsabilização criminal e cível do vereador, mas inexiste óbice as Constituições Estaduais elegerem o Tribunal de Justiça como juízo competente. O respaldo se encontra no art. 125 § 1º, quando atribui que a competência dos TJs será delimitada pelas Constituições Estaduais. Resta prejudicada imunidade formal dos vereadores, pois a Constituição Federal não a delimitou, só restando à Carta fazê-la, por tratar-se de matéria privativa como anteriormente dito. Portanto, se instaurado o processo criminal, não há possibilidade de suspensão, pois os vereadores não contam com imunidade parlamentar formal, seja quanto ao processo, seja quanto à prisão. O processo terá continuidade no mesmo Juízo onde vinha tramitando. A eleição e a diplomação do vereador não alteram esta competência, haja vista que os vereadores não contam com prerrogativa de foro, salvo disposta na constituição do Estado.

³⁹ STF - 2ª T. – HC nº 69.465-9/RS – Rel. Min. Paulo Brossard, Diário da Justiça, Seção I, 23 mar. 2001, p.85;

⁴⁰ STJ - 5ª T. – HC nº 372/DF – Rel. Min. Costa Lima, Diário da Justiça, Seção I, 13 de agosto 1990. Ementário STJ, nº 4/594.

⁴¹ STF – 1ª T – HC nº 74.201-7/MG – Rel. Min. Celso de Mello, j. 12-11-1996. Ementário STF, nº 1854-04

7. CONCLUSÕES

Não se pode negar que o Estado brasileiro, ao longo da história, vem passando por um progressivo amadurecimento político. A compreensão de que Democracia e Poder Legislativo estão vinculados, porque assentados no instituto da Imunidade Parlamentar, consolidou-se. Nesse caminho cronológico percorrido, tais conceitos viveram momentos vigorosos e de resignação, e restou assentado que o fortalecimento da representatividade parlamentar está diretamente ligado à concretização da democracia. Exercer a função legislativa com liberdade, independência e autonomia, no exercício do direito/dever fiscalizatório do Poder Executivo, ou no campo legiferante, são requisitos indispensáveis para sedimentar a tripartição dos poderes. Nesse contexto, a imunidade parlamentar viabiliza a política de freios e contrapesos, responsável por gerenciar a harmonia entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Passaram-se milênios de história e evolução desde a Coroa de Mirto até os dias atuais. O instituto consolidou-se, primeiro, na Inglaterra e França; posteriormente, pelos demais ordenamentos do mundo, progressivamente. No Brasil, de igual forma se operou em relação à inviolabilidade material, imunidade formal, prisão, licença para alistamento em tempo de guerra, prerrogativa para o testemunho em juízo nos três âmbitos do legislativo nacional: federal, estadual e municipal. A imunidade parlamentar está intimamente ligada ao exercício da função. Não de privilégio pessoal. Por isso sua natureza pública. Trata-se de uma prerrogativa do Poder Legislativo, pois é algo vinculado ao exercício da função, daí parte sua característica da irrenunciabilidade. Em 2001 o instituto sofreu alterações com o advento da EC n° 35, principalmente no que tange à imunidade formal. Antes, só se processava o parlamentar se a Casa da qual faz parte autorizasse. O cunho político na permissão, evidentemente, fez com que o instituto servisse para acobertar práticas ilícitas e contribuir para a impunidade. A partir dessa Emenda Constitucional 35, houve um redirecionamento: permitiu-se o recebimento da peça acusatória pelo tribunal competente, e deu ao parlamento a possibilidade de sustar o andamento do processo. Mas, a paralisação do trâmite procedimental, totalmente desnecessária a nosso ver, evidencia um viés de impunidade. O Poder Judiciário não deve se submeter a um pedido de sustação dos parlamentares para frear o processo. Se a prisão foi irregular o ordenamento nacional possui os instrumentos hábeis a tutelar o *status libertatis* do acusado: têm-se o *habeas corpus*, a liberdade provisória, e as limitações à prisão preventiva ou provisória. Portanto, tal blindagem não é necessária, pois do contrário, o julgamento político está a preexistir ao jurídico.

Para finalizar, registramos que o propósito de nosso modesto trabalho é contribuir para a multiplicação de conhecimentos sobre o tema *imunidade parlamentar*, como, também, fornecer elementos para suscitar reflexão nos leitores e admiradores do Direito Constitucional brasileiro, a esse respeito.

8. SUMMARY

This paper is intended to explain clear social/historical aspects of the parliamentary exemptions, as well as to bring up its importance as a legislative prerogative it also serves for highlighting its bad use with purpose to cache the illegality the existence of traditional law institutions in brasilian law like habeas corpus which if used can help to eraticate this democratic violence.

Key-words: *Institute of Parliamentary Immunity. Legislative Prerogative. Legislative Power. Judiciary Power.*

9. REFERÊNCIAS

- ARANTES, Altino, *Orações de Cícero*, Ed. W.M. Jackson Inc., 1949.
- AZAMBUJA, Darcy, *Teoria Geral do Estado*, Editora Globo, 25ª edição, Rio de Janeiro, 1986.
- BARRETO, Lima, *Numa e a ninfa*. Rio de Janeiro. Gráfica Editora Brasileira, 1950.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 18ª edição, São Paulo, 2006.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Teoria do Estado e Direito Constitucional Positivo*, Editora Del Rey, 11ª edição, Belo Horizonte, 2005.
- COUTINHO, Fábio de Sousa, *Leituras de direito Político*, Editora Thesaurus, Brasília, 2004.
- DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 26ª edição, São Paulo, 2006.
- DIAS, Chizué Koyama, *Dicionário Jurídico de Bolso*, Editora Jurídica Mizuno, 1ª edição 2004.
- DINIZ, Maria Helena, *Dicionário Jurídico*, 2ª edição, Ed. Saraiva, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 32ª edição, São Paulo, 2006.
- HOUAISS, Antônio, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2.ed . ver e aum. – Rio de Janeiro, 2004.
- KURANAKA, Jorge, *Imunidades Parlamentares*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.
- MORAIS, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, Editora Atlas S.A., 5ª edição, São Paulo, 2005.
- MORAIS, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Editora Atlas S.A., 19ª edição, São Paulo, 2006.
- SALGADO, Plínio, *Comissões Parlamentares de Inquérito CPI, doutrina jurisprudência e legislação*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- SILVEIRA, Paulo Fernando, *Devido Processo Legal*, 3ª edição, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, Editora Malheiros, 4ª edição, 2001.
- TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 19ª edição, São Paulo, 2003.
- Revista **Consultor Jurídico**, 3 de dezembro de 2002.
- Revista **Consultor Jurídico**, 2 de setembro de 2005.
- www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp
- www.stj.gov.br/SCON/
- www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/informativos.php?TIPO=STF&PAGINA=/www/html/mptcdf/jurislegis/stf/info302STF.TXT

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no **Word for Windows** versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e inferior, 2,5 cm; esquerda, 3 cm; e direita 2 cm. Tipo de letra: **Times New Roman**, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas: tamanho 11, com recuo de 2,5 cm do alinhamento da margem esquerda. Notas de rodapé numérico-sequencial: tamanho 10.

As resenhas devem ter, no máximo, cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto.

Nome(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé. **Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível, o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua. **Sumário:** Discriminação numérica dos tópicos desenvolvidos.

Conteúdo do artigo: Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

Ilustrações (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio **Word for Widows**. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Sistema numérico: Recomenda-se a utilização do sistema de chamada **numérico** (e, não, **autor-data**) para a indicação das citações ocorridas no texto.

Notas de rodapé (de referência ou explicativa): Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e sequencial para todo o texto.

a) – Notas de **referência:** A primeira citação de uma obra, em nota de rodapé, deve ter sua referência completa. [Ex: SOUZA E SILVA, José Aparecido de (de acordo com o nome escolhido pelo autor e registrado em sua obra). **A Importância do Ensino Jurídico**. 3ª ed. Uberaba: Difusão Cultural, 2006, p. 346.]. As subsequentes citações da mesma obra podem ser referenciadas de forma abreviada [ex: SOUZA E SILVA. Obra citada, p. 489.]. Se o autor não tiver “nome” registrado, nem for do conhecimento público, deve-se transcrevê-lo por inteiro.

b) – Notas **explicativas:** Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou docu-



mentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

Referências: A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para, no prazo de um mês, procederem às devidas adaptações.

DIREITOS AUTORAIS: Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela **Internet** – <http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/>), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

CORTESIA E RETRIBUIÇÃO: Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

ENCAMINHAMENTO: Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

- Título do trabalho;
- Nome(s) do(s) autor(es) e identificação;
- Qualificação profissional;
- Instituição a que está vinculado;
- Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

