# Revista do Ministério Público do Estado do Pará

Ano IV
Vol I
Dezembro
2009

Revista do Ministério Público do Estado do Pará / Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 4, V. 1, (2009-Dezembro). Belém: GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA, 2009.

Anual

ISSN: 1980-5535

1. Direito – Doutrina. 2. Direito – Jurisprudência. 3. Pareceres. 4. Entrevistas.

CDD:340

# Revista do Ministério Público - PA

Belém-Pará
Ano IV
Volume I
Dezembro – 2009

# Revista do Ministério Público do Estado do Pará

CONSELHO EDITORIAL

**Membros:**
Luiz Ismaelino Valente
Antônio Gomes Maués
Ana Maria Barata
Eliane Cristina Pinto Moreira
Cristina Figueiredo Terezo
José Edvaldo Pereira Sales

FICHA TÉCNICA

**Diretor de Publicações do CEAF:**
José Edvaldo Pereira Sales

**Normalização bibliográfica e revisão de texto:**
Maria das Graças Leal *

**Projeto de Capa:**
Érico Morais
Lícia Marta da Silva Pinto

**Fotos da capa:**
Laurent Fournier

**Editoração e Impressão:**
GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA.

Publicação do Ministério Público do Estado do Pará por meio do
**Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional**

Endereço eletrônico para remessa de artigo: ceaf@mp.pa.gov.br
As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

**Ministério Público do Estado do Pará**
Rua João Diogo, 100
Cidade Velha - Belém - PA
CEP 66015-160
(91)4009-3400
ceaf@mp.pa.gov.br
http://www.mp.pa.gov.br

**GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA.**
Rua Ferreira Pena, 84
Umarizal – Belém-PA
CEP: 66050-140
(91) 3241-9774

* Salvo os artigos cujos autores não acataram revisão

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Geraldo de Mendonça Rocha

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Pedro Pereira da Silva
Manoel Santino Nascimento Júnior
Anabela Boução Viana
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves
Geraldo Magela Pinto de Souza
Cláudio Bezerra de Melo
Ubiragilda Silva Pimentel
Ester de Moraes Neves de Outeiro
Luiz César Tavares Bibas
Geraldo de Mendonça Rocha
Francisco Barbosa de Oliveira
Dulcelinda Lobato Pantoja
Marcos Antônio Ferreira das Neves
Adélio Mendes dos Santos
Almerindo José Cardoso Leitão
Mariza Machado da Silva Lima
Antônio Eduardo Barleta de Almeida
Ricardo Albuquerque da Silva
Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater
Mario Nonato Falângola
Edna Guilhermina Santos dos Santos
Maria da Conceição Gomes de Souza
Olinda Maria de Campos Tavares
Maria da Conceição de Mattos Sousa
Maria da Graça Azevedo da Silva
Ana Lobato Pereira
Leila Maria Marques de Moraes
Tereza Cristina Barata Batista de Lima
Maria Tércia Ávila Bastos dos Santos
José Vicente de Miranda Filho
Estevam Alves Sampaio Filho

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Geraldo de Mendonça Rocha
*Presidente*

Ubiragilda da Silva Pimentel
*Corregedora-Geral*

*Procuradores de Justiça*

Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves
Geraldo Magela Pinto de Souza
Luiz César Tavares Bibas
Esther de Moraes Neves de Outeiro
Ricardo Albuquerque da Silva

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Ubiragilda Silva Pimentel

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO-INSTITUCIONAL
Antônio Eduardo Barleta de Almeida

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA
Almerindo José Cardoso do Leitão

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

CONSELHO DELIBERATIVO

Geraldo de Mendonça Rocha
*Presidente*

Ubiragilda Silva Pimentel
*Vice-Presidente*

*Demais membros:*
Maria da Graça Azevedo da Silva
Pedro Pereira da Silva
Almerindo José Cardoso Leitão
Aldir Jorge Viana da Silva
Cândida de Jesus Ribeiro do Nascimento
Ivanilson Paulo Corrêa Raiol
Regina Luiza Taveira da Silva
Ana Christina Braga de Lemos

DIRETORIA EXECUTIVA

Frederico Antônio Lima de Oliveira
*Diretor-Geral*

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues
*Diretor de Cursos e Eventos*

José Edvaldo Pereira Sales
*Diretor de Grupos de Estudos, Pesquisas e Publicações*

Daniella Maria dos Santos Dias
*Diretora de Bolsas de Estudos, Auxílios Financeiros e Parcerias*

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Aldir Jorge Viana da Silva
*CAO Criminal*

Vera Lúcia Andersen Pinheiro
*CAO Cível*

Frederico Antonio Lima de Oliveira
*CAO Constitucional*

Maria do Socorro M. Carvalho Mendo
*CAO da Infância e Juventude*

Natanael Cardoso Leitão
*CAO da Cidadania*

# Apresentação

Este é o quarto volume da *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*. Tal fato, por si só, é motivo de orgulho para todos os que integram o *Parquet* paraense. No entanto, mais do que isso, a revista tornou-se um sólido veículo de divulgação do conhecimento científico do direito.

O trabalho de todos, desde o primeiro volume até este, foi de fundamental importância. A seriedade e a competência com que a revista tem sido elaborada é que fizeram dela esse canal tão importante que é hoje.

O interesse pela publicação de artigos, crônicas e pareceres cresce cada vez mais. Os autores de todo o conteúdo das publicações até aqui realizadas fazem com que a revista leve ao público leitor textos de excelente qualidade científica. E é essa qualidade que o atrai e faz com que a revista conquiste a passos largos o seu espaço.

Seguindo o mesmo formato dos três últimos volumes, este apresenta artigos, crônicas e pareceres de autores de outros Estados da Federação e também do Estado do Pará, alguns dos quais vinculados ao próprio Ministério Público Estadual. Ao final, estão as sugestões de leitura que são apresentadas no intuito de fornecer uma relação selecionada de livros relevantes para o aprofundamento de determinadas temáticas.

Os artigos que integram a revista são: *Levando a Amazônia a sério* (Antônio José de Mattos Neto), O *Ministério Público e a tutela dos direitos à circulação e à mobilidade nos espaços urbanos* (Daniella Dias), *Questões relevantes sobre concurso público* (Ana Maria Barata), *Os bancários não vão ao paraíso: vitimização de bancários por crimes violentos* (Eduardo Paes-Machado e Ana Márcia Duarte Nascimento), *Cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais - análise a partir de princípios constitucionais* (Ana Maria Magalhães Carvalho), *A repercussão da eficácia temporal do juízo de admissibilidade recursal sobre o termo inicial do prazo para rescisão da coisa julgada* (Domingos Daniel Moutinho), *A legitimidade ativa de instituições públicas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos* (Evandro de Aguiar Ribeiro e Cristina Figueiredo Terezo) e *Aspectos dialógico e dialetizante do direito tridimensional* (Francisco da Assis Santos Lauzid).

A seção relativa às crônicas traz duas de caráter legislativo e duas sobre julgados proferidos pelas duas das mais altas Cortes do país (STJ e STF). Renato Marcão discorre sobre a Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: Ingresso de Aparelho de Telefonia Celular em Estabelecimento Penal, e também sobre o recebimento da denúncia ou queixa segundo os artigos 396, *caput*, e 399, do CPP, com a redação da Lei nº 11.719/2008. Dois temas extremamente relevantes introduzidos recentemente no ordenamento jurídico brasileiro e que necessitam de estudos aprofundados, em especial o último, que trata diretamente sobre o recebimento da peça inicial no processo penal, que é ato processual dos mais importantes.

Três pareceres que certamente trarão proveito aos leitores dada a profundidade com que tratam os temas a que se propõem integram a revista. Os autores são Maria Célia Filocreão Gonçalves, Sandra Fernandes de Oliveira Gonçalves e Affonso Ghizzo Neto. Este último exarou parecer que discorre sobre a novel Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, que alterou o número de vereadores em todo país e ainda atribuiu efeitos retroativos a essa modificação, rechaçada em parte, posteriormente, pelo STF.

Há também duas crônicas de jurisprudência. Uma trata da possibilidade de concessão de prisão domiciliar a condenados que não cumprem pena em regime aberto e a presos provisórios elaborada pelos Promotores de Justiça Alexssandra M. Mardegan e José Edvaldo P. Sales, a partir da análise de dois julgados do STF. A outra, de autoria do Promotor de Justiça Júlio César Sousa Costa, em texto de peculiar lavra, analisa a recente decisão do STJ a respeito das modificações introduzidas no artigo 212 do CPP pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, que determinou que as perguntas em audiência devem ser formuladas diretamente pelas partes e ao juiz cabe apenas complementar a inquirição perguntando sobre pontos não esclarecidos.

A entrevista traz os comentários do Dr. Márlon Jacinto Reis, Juiz de Direito no Estado do Maranhão e Presidente da ABRAMPPE – Associação Brasileira dos Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais, sobre o PLP 518/2009, que é fruto do trabalho desenvolvido pela Campanha Ficha Limpa instituída pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) em dezembro de 2007, com o objetivo de impedir a candidatura daquele tipo de político que ficou cunhado pela mídia como "ficha-suja". Em determinado trecho, o entrevistado esclarece que "O projeto considera inelegíveis os que sofreram condenação criminal por certos delitos graves, tais como estupro, homicídio doloso, narcotráfico e peculato. Apenas os detentores de foro privilegiado receberam tratamento mais rigoroso. Para o projeto basta que haja denúncia recebida por um tribunal. É que a decisão se deu já num âmbito colegiado". Indispensável a leitura, principalmente para fomentação do debate.

Portanto, o conteúdo da revista segue a mesma trilha dos três primeiros, primando pela elevada produção científica, que certamente auxiliará em muito o incremento de discussões sobre temas jurídicos nas mais diversas ramificações, alguns dos quais com aplicação direta na lide forense. Resta agora apenas a leitura e a reflexão sobre os temas apresentados.

Belém, 14 de dezembro de 2009

Geraldo de Mendonça Rocha
Procurador - Geral de Justiça

# Sumário

Praça do Açaí com vistas para a 1ª rua de Belém

# Artigos

**Levando a Amazônia a sério**

Antônio José de Mattos Neto.....15

**O Ministério Público e a tutela dos direitos à circulação e à mobilidade nos espaços urbanos**

Daniella Maria dos Santos Dias …….....29

**Questões relevantes sobre concurso público**

Ana Ana Maria Barata .....41

**Os bancários não vão ao paraíso: vitimização de bancários por crimes violentos**

Eduardo Paes-Machado e Ana Márcia Duarte Nascimento.....57

**Cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais - análise a partir de princípios constitucionais**

Ana Maria Magalhães Carvalho.....85

**A repercussão da eficácia temporal do juízo de admissibilidade recursal sobre o termo inicial do prazo para rescisão da coisa julgada**

Domingos Daniel Moutinho.....101

**A legitimidade ativa de instituições públicas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Evandro de Aguiar Ribeiro e Cristina Figueiredo Terezo .....119

**Aspectos dialógico e dialetizante do direito tridimensional**

Francisco da Assis Santos Lauzid.....133

# Crônicas Legislativas

**Recebimento da denúncia ou queixa: o artigo 396, *caput*, e o artigo 399, do CPP, com a redação da Lei n.º 11.719/2008**

Renato Marcão.....167

**Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal**

Renato Marcão.....171

# Crônicas de Jurisprudência

**A possibilidade de concessão de prisão domiciliar a condenados que não cumprem pena em regime aberto e a presos provisórios**

Alexssandra M. Mardegan e José Edvaldo P. Sales.....179

**João Grilo, Torquemada e o sistema acusatório no Brasil: crônica de um momento alvissareiro**

Júlio César Sousa Costa.....185

# Pareceres

**Em *habeas corpus* preventivo,com pedido de liminar**

Maria Célia Filocreão Gonçalves.....195

**Em ação civil pública**

Sandra Fernandes de Oliveira Gonçalves.....211

**Em pedido de diplomação**

Affonso Ghizzo Neto.....217

# Entrevista

**Entrevista com MÁRLON JACINTO REIS**

Por Edyr Falcão e Edvaldo Sales.....233

# Sugestões de Leitura

.....237

# Artigos

Mangal das Garças

# LEVANDO A AMAZÔNIA A SÉRIO[1]

Antonio José de Mattos Neto*

**Resumo:**

A floresta amazônica brasileira é objeto de cobiça externa, para fins de internacionalização. A ordem internacional e o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro repudiam essa proposta. A floresta amazônica brasileira é considerada direito fundamental do cidadão brasileiro.

**Sumário**:

1 Situação da problemática; 2 O estado democrático de direito na Constituição Federal Brasileira; 3 A questão da soberania contemporânea; 4 Os direitos fundamentais como princípio da Constituição; 5 A floresta amazônica enquanto direito fundamental; 5.1 A soberania brasileira na Constituição Federal de 1988; 5.2 A floresta amazônica: Um direito fundamental do cidadão brasileiro; conclusão.

## 1 SITUAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

A Amazônia tem sido objeto de cobiça internacional devido sua variegada riqueza. As jazidas minerais, o potencial energético dos rios, a abundância de água doce, a biodiversidade e, sobretudo, sua densa cobertura florística nobre têm chamado a atenção de interesses supra-nacionais.

O espaço físico da Amazônia é de 6,5 milhões de quilômetros quadrados, abrangendo oito países sul-americanos: Brasil, Colômbia, Equador, Venezuela, República Cooperativa da Guiana, Suriname, Bolívia e Peru, sendo que quase 4,2 milhões de quilômetros quadrados estão localizados no território brasileiro, ou seja, a maior parte do bioma e suas riquezas pertencem ao Brasil.

A intensa atividade industrial dos países centrais e o consumo excessivo das sociedades de massa, aliados a outros fatores, têm gerado problemas climáticos e ecológicos  no planeta. Em 2007, um estudo apresentado pelo Painel

1 Palestra proferida no X Congresso da União Mundial de Agraristas Universitários, realizado em Rosario y Paraná, Argentina, no período de 4 a 7 de novembro de 2008.

* Procurador da Fazenda Nacional. Advogado. Diretor geral do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor dos cursos de pós-graduação da UFPA e da Universidade da Amazônia (UNAMA). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Membro da União Mundial de Agraristas Universitários (UMAU) com sede em Pisa (Itália). Membro fundador da Academia Brasileira de Letras Agrárias. Membro da Academia Paraense de Letras. Membro fundador da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e estrangeiro.

Internacional de Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)), braço da Organização das Nações Unidas (ONU), criado em 1998 para fornecer informações científicas, técnicas e socioeconômicas relevantes para o entendimento das mudanças climáticas no mundo, alertou para a relação direta entre a emissão dos "gases estufa" e o aquecimento global.

A solução encontrada pelos países desenvolvidos, mais precisamente os Estados Unidos, foi abonar uma tese já anteriormente ventilada: a internacionalização da floresta amazônica. Em um trecho do relatório, está dito que "As florestas têm sido propostas como uma possível solução, de forma que é imperativo que nós entendamos completamente como as florestas influenciam o clima".

Mais adiante, justifica a ideia de internacionalização:

> Na Amazônia, a floresta tropical remove dióxido de carbono da atmosfera. Isto ajuda a mitigar o aquecimento global diminuindo as concentrações de gases causadores do efeito estufa na atmosfera. Estas florestas também bombeiam umidade na atmosfera por meio da evapotranspiração. Isso resfria o clima e também ajuda a mitigar o aquecimento global.

A posição exposta no relatório IPCC deu fôlego ao movimento político mundial de internacionalização da Amazônia. A proposta impacta o jurista, pois considera a região como se fosse território universal e, diante desta condição jurídica, passa a ser área de domínio comum da humanidade.

Na esteira, ainda levantando a bandeira de proteção do meio ambiente amazônico, os países desenvolvidos podem fundamentar a tese da internacionalização, sob um segundo argumento - a proteção ao índio.

A ideia de internacionalização faz *tabula rasa* dos princípios jurídicos fundamentais que orientam o Direito contemporâneo.

Diante da perplexidade, a tarefa deste *paper* é construir argumento jurídico que categorize a floresta amazônica brasileira como um direito fundamental do cidadão brasileiro.

Para atingir nossos estreitos objetivos, os conceitos trabalhados não são explorados em toda sua dimensão e potencialidade, mas se ajustam às finalidades do que se pretende defender, assim como a base teórica é levantada a partir da teoria do direito de Ronald Dworkin e da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy. Interessa-nos apenas a Amazônia brasileira.

## 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A concepção moderna de Estado surgiu a partir das ideias iluministas. Substituindo o poder absoluto da realeza no Antigo Regime, as leis passaram a reger os desígnios da sociedade, enfeixando na figura do Estado o domínio das leis, ou melhor, do direito.

Com a ruptura do regime jurídico-político-econômico-social pela Revolução Francesa, instaurou-se o Estado liberal de direito, calcado nos postulados da ampla liberdade jurídico-econômica e não interferência do Estado nas relações privadas.

Os poderes estatais derivados da lei assumiram posição de proeminência na configuração do Estado liberal, afinal o primado da lei – o princípio da legalidade –, baseado na generalidade e na abstração da norma jurídica, era uma salvaguarda contra a volta do regime anterior.

As liberdades jurídicas e econômicas afirmaram o dogma liberal da autonomia da vontade individual, que pressupunha igualdade entre os sujeitos. A igualdade, embora formal, estava baseada no postulado da legalidade e tornou-se outro princípio do Estado liberal de direito.

No final do século XIX e albores do XX, os postulados do modelo liberal de Estado foram insuficientes para assegurar o bem-estar da coletividade e enfrentar a nova realidade do mundo capitalista em franca ebulição. Assim, nasceu o Estado Social de Direito, indo buscar fundamentos na intervenção do Estado na economia, a fim de eliminar as abissais desigualdades econômicas e sociais. O solidarismo social reina como um dos pressupostos do Estado Social.

Em fins do século XX, o Estado Social mostrou-se obsoleto para responder às novas exigências. O modelo intervencionista econômico visando à redistribuição do bolo social se fez às custas da intangibilidade dos fundamentos econômicos da produção capitalista. Como desdobramento, o Estado Social entrou em crise, e políticas de perfis neoliberais foram introduzidas, de sorte que reduziram o modelo estatal a "Estado de assistência". Nesse quadro, a autonomia privada ressurge com vigor econômico-político.

Uma nova axiologia exsurgiu da sociedade, e novos padrões jurídico-politicos foram organizados no Estado de Direito. Um dos paradigmas foi a Democracia. Temos, então, o Estado Democrático de Direito que prega o poder jurídico-político nas mãos do povo, que o exerce direta ou indiretamente, dentro de padrões constitucionais.

Os novos paradigmas ensejaram o aparecimento de teorias jurídicas de contornos neoliberais, segundo uma das quais, os direitos individuais significam um trunfo democrático contra o Estado. Tais direitos estão plasmados na Constituição e, por isso, nesse primeiro momento, graças a essa qualificação, assumem a identidade de direitos fundamentais.

As normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais prescrevem também normas-princípios, objetivos básicos da ordem democrática e constitucional do Estado de Direito[2]. Nesse sentido, os direitos fundamentais são vistos como princípios diretivos da ordem jurídico-constitucional democrática.

A ordem jurídico-constitucional brasileira está assentada no Estado Democrático. O preâmbulo da Constituição Federal (CF) de 1988 deixa expresso que a sociedade brasileira é estruturada politicamente a partir do modelo democrático. Por isso, o artigo. 1.º, *caput*, do Texto Magno toma como paradigma para a República Federativa do Brasil a formação política do Estado Democrático de Direito, fundado no princípio dos direitos humanos.

Enquanto princípio básico do Estado Constitucional Democrático de Direito, os direitos fundamentais enunciam valores que vêm homenagear o princípio-vetor colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana, (CF/88, art. 1.º, I).

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito apresenta-se sob o império da Constituição, mas buscando seus princípios fundantes na democracia e nos direitos fundamentais, máxime na dignidade da pessoa humana.

## 3 A QUESTÃO DA SOBERANIA CONTEMPORÂNEA

Não é fácil aquilatarmos a soberania no mundo de hoje. Pode-se afirmar, contudo, que a figura da soberania absoluta dos Estados Nacionais está fragmentada em face da contemporaneidade jurídica dos arcabouços sociais e econômicos.

O conceito clássico de soberania reconhece duas dimensões: a interna e a externa (internacional). A interna diz respeito à supremacia do poder do Estado sobre seus súditos; já a externa refere às relações entre os Estados no âmbito internacional.

A partir da Revolução Francesa, as dimensões de soberania seguiram destinos opostos e contraditórios. No plano interior dos Estados, a soberania

2 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contra majoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71.

sofreu progressivo enfraquecimento, e, em seu lugar, cresceu a afirmação dos Estados Democráticos e Constitucionais de Direito. Paradoxalmente, no setor externo, passou a ocorrer progressiva absolutização do conceito[3].

O princípio da soberania interna começou a ser abalado com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e depois com as sucessivas cartas constitucionais. De fato, a separação dos poderes e o princípio da legalidade, e, já modernamente, a democracia e os direitos fundamentais correspondem a limitações ou à própria negação da soberania interna, pois, em especial, o princípio da legalidade subjuga a soberania, não apenas ao poder da lei, mas também aos princípios da maioria e dos direitos fundamentais, ou seja, ao povo e aos indivíduos[4].

Devido a tais princípios, a relação Estado-indivíduo modifica-se, já não mais sendo uma relação hierarquizada entre soberano-súdito, mas sim entre dois sujeitos de soberania limitada.

Contudo, perante a nova realidade de Estado e frente à contraposição real dos pensamentos jurídico e político, ao invés da anulação da soberania, doutrinariamente, esta recapitulou-se, no plano interno, cindindo-se em duas figuras: a soberania nacional e a soberania popular, que ladeiam a soberania estatal, fornecendo-lhe a legitimação política necessária à existência contemporânea[5].

Sob o manto das constituições contemporâneas, o poder absoluto interno dos Estados pertence à soberania popular. No Brasil , a soberania popular está explicitamente consagrada na CF, artigo 1.º, § único, quando enuncia que **"todo poder emana do povo"**. Mas o poder do povo, a maioria popular ou a soberania em suas dimensões têm sua limitação no paradigma do Estado Democrático de Direito e nos direitos fundamentais[6].

No plano externo, inversamente ao interno, a soberania tem seu poder cada vez mais absolutizado. É que, enquanto, internamente a soberania se submete aos princípios da lei e do Estado de Direito e com isso legitima o uso exclusivo da força, externamente, a livre concorrência entre monopólios faz gerar o domínio do mais forte, a despeito de haver todo o arcabouço jurídico supranacional supervisionado pela ONU de regras entre os Estados[7].

O paradigma da soberania externa dos Estados Nacionais baseado na força atinge seu ápice e derrocada no século XX. Seu apogeu, na primeira metade

3 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo contemporâneo**. São Paulo : Martins Fontes, 2007, p. 27.
4 Ibid., p. 28.
5 FERRAJOLI, 2007, p. 29.
6 Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, os antigos direitos naturais, já agora nos Estados liberal-democráticos de Direito, se universalizam e se positivam constitucionalmente. Assim, os direitos do homem coincidem com os direitos do cidadão universalmente reconhecidos. A partir daí chegamos à igualdade, pelo menos na cidadania.
7 FERRAJOLI, op. cit., p. 36.

do século, com as grandes guerras; sua queda, com a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, de São Francisco, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, dentre outros posteriores documentos de direitos humanos.

Sob os auspícios desses documentos, a soberania externa passou a obedecer aos princípios fundamentais da paz e da tutela aos direitos humanos. A paz e os direitos humanos passam a ser as normas constitutivas da juridicidade da nova ordem internacional. No novo cenário, além dos Estados, são sujeitos internacionais, os indivíduos e os povos. Os indivíduos são titulares de direitos humanos; os povos, titulares dos direitos de autodeterminação[8].

No entanto, os próprios documentos humanitários universais revestem a soberania de feição contemporânea, revigorando-a. A Carta da ONU, de 1945, em seu art. 2º, inciso I, pronuncia que "A Organização é baseada no princípio da igualdade *soberana* de todos os seus membros". Mais adiante, consagra a autodeterminação dos povos com a proibição de ingerência nas questões internas de qualquer Estado (art. 2.º, inciso VII), o que vem reforçar a ideia de soberania interna.

Voltando os olhos para a realidade brasileira, a Lei Maior enuncia, logo no artigo 1.º, inciso I, que um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é a soberania. Nesse panorama constitucional, a soberania popular e as dimensões interna e externa da soberania são primados axiologicamente amparados pela Constituição Federal de 1988.

## 4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIO DA CONSTITUIÇÃO

O homem vive em agrupamento social onde subjaz um pacto político[9]. Daí, é titular de direitos individuais. Tais direitos são anteriores ao Estado, precedem aos direitos criados pelas leis estatais. Para Dworkin, os direitos individuais são trunfos políticos que o indivíduo detém perante o Estado e portam todo e qualquer tipo de direito individual, não apenas os enumerados, explicita ou implicitamente, no sistema jurídico, pois os direitos individuais, por serem trunfos políticos, abrangem qualquer espécie de direito[10].

Não há dúvida de que o direito é um fenômeno social, mas, ao contrário de outros fenômenos sociais, sua prática é, acima de tudo, *argumentativa.* A argumentação válida que vem estruturar a prática do direito é a baseada na ver-

8 Conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos da ONU de 1966 (FERRAJOLI, op.cit., p. 40).

9 Dworkin fundamenta sua tese – exposta, em 1977, no *Taking Rights Seriously* – no contratualismo racional de John Rawls, construído na sua "teoria da justiça".

10 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007a, Introdução, p. XV.

dade de certas proposições jurídicas[11], entendendo-se como tais as afirmações, alegações, argumentos, enfim, que fazem as pessoas sobre aquilo que a lei lhes permite, autoriza ou proíbe[12]. O direito é, portanto, prática social argumentativa fundada em proposições jurídicas válidas.

Perante esse quadro, pode-se formular uma teoria geral do direito. Esta deve ser, simultaneamente, normativa e conceitual[13]. A parte normativa, que ora nos interessa, abraça um esquema de regras e princípios jurídicos absolutamente imprescindíveis para o juiz decidir os "casos difíceis"[14]. Os princípios têm papel essencial nesse modelo. A "melhor teoria jurídica" é a que fornece uma única resposta – a resposta correta – para a resolução judicial dos "casos difíceis".

Princípios são as normas que podem ser apresentadas como razões dos direitos fundamentais. Os princípios derivam da prática judicial ou se apresentam como direitos que o poder judicial reconhece no exercício da função jurisdicional . Tais princípios, tomados como práticas judiciais ou como direitos, incorporam-se no sistema jurídico tanto quanto as regras jurídicas.

Nesse quadro teórico, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Quer dizer, diante do fato pressuposto por uma regra, ou ela é válida, e nesse caso sua consequência deve ser aceita, ou não é válida, caso em que nada contribui para a decisão[15]. O fato de existir regra de exceção em nada afeta o caráter de validade ou de consequência e vinculação da regra jurídica.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz uma outra: o princípio possui uma dimensão de que as regras são desprovidas - a dimensão do peso ou importância, em caso de colisão de princípios. Aos princípios não se aplica a fórmula de validade tudo-ou-nada das regras; os princípios apelam a um procedimento de ponderação de pesos. No julgamento de um "caso difícil", o julgador acaba por pender a decisão para o lado do princípio que apresente maior peso, maior importância, em detrimento do outro princípio confrontado[16].

Abraçando a teoria dos princípios de Dworkin, Alexy constrói formulação teórica sobre os direitos fundamentais, focalizando-os como "princípios

11 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b, p. 17.

12 Ibid., p. 6.

13 DWORKIN, op. cit., Introdução, p. VIII.

14 Os chamados "casos difíceis", na teoria de Dworkin, correspondem, no positivismo jurídico, aos casos nebulosos e limítrofes em que os juízes e advogados divergem sobre qual direito deve ser seguido para solucionar o caso concreto. Para a doutrina positivista, os casos nebulosos existem por que as palavras da lei não são exatas e precisas, são vagas e ambíguas.

15 DWORKIN, 2007a, p. 39.

16 Ibid., p. 42.

fundamentais diretivos da ordem jurídico-constitucional"[17]. Assim, os direitos fundamentais assumem o corpo de princípios.

Para Alexy, "princípio são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e possibilidades reais existentes" [18]. Os princípios se diferenciam das regras pela sua qualidade. É uma distinção qualitativa.[19] Contudo, regas e princípios são espécies do gênero norma, porque ambas dizem o que "deve ser".

As regras albergam comandos ou *mandatos definitivos*, das quais decorrem necessariamente uma consequência jurídica; já os princípios, ao contrário, são *mandatos de otimização*, constituindo normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento depende tanto das possibilidades de fato quanto das possibilidades jurídicas. O âmbito da possibilidade jurídica é determinada pelos princípios e regras opostos[20].

Nesse sentido, como os direitos fundamentais são princípios e estes são *mandatos de otimização*, os direitos fundamentais são *mandatos de otimização*.

As regras contêm determinação no âmbito do fato juridicamente possível, por serem mandatos definitivos, e sua característica de aplicação não é a ponderação, típica dos princípios, mas a subsunção[21].

A par da tese da otimização, a distinção entre regras e princípio é compreendida melhor em face de um *conflito de regra* e da *colisão de princípios*. O conflito de regras é solucionado com a inclusão da cláusula de exceção ou declarando inválida uma das regras. Assim, a norma vale ou não vale juridicamente; é o tudo-ou-nada de Dworkin. Não sendo possível solucionar o conflito de regras dessa forma, apela-se ao recurso das máximas de interpretação de lei, tais como "a lei posterior revoga a lei anterior" e "a lei especial derroga a lei geral"[22].

Por sua vez, quando se tratar de uma colisão de princípios, não se pode anular nenhum dos princípios colidentes. Abstratamente, os princípios convivem ao mesmo nível. Mas diante de um caso concreto, os princípios podem entrar em *situação de tensão.* Nesse esquema, deve-se estabelecer um *sistema de prevalência* ou *primazia* de princípio, utilizando-se, para solução judicial, o modelo da *dimensão de pesos* proposto por Dworkin, tendo prevalência ou primazia o princípio de maior peso.

---

17 QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 69.

18 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

19 Ibid., p. 87.

20 ALEXY, 2002, p.86 e 87.

21 QUEIROZ, 2002, p. 134.

22 ALEXY, op. cit, p. 88.

A lei de colisão é representada pela ponderação dos interesses opostos. Nessa ponderação o que se trata é o balanceamento de qual dos interesses, *abstratamente de mesmo valor, possui maior peso para o caso concreto*[23]. O método da colisão importa em estabelecer as condições sob as quais um princípio precede ao outro, para o que se chama *relação de precedência condicionada*[24]. Consequentemente, não há princípio absoluto[25].

A teoria dos princípios implica na máxima da proporcionalidade. A conexão é estreita: o caráter de princípio implica na máxima da proporcionalidade e esta naquela. Quer dizer, infere-se do caráter de princípio ou dele é dedutível a máxima da proporcionalidade com sua três máximas parciais, a saber: a adequação, a necessidade (adoção do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dita)[26].

Nesse passo, os princípios são mandamentos de otimização referentes às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – ou seja, o mandato de ponderação – significa a relativização das possibilidades *jurídicas*, ou melhor, a proporcionalidade em sentido estrito implica em os princípios serem mandatos de otimização das possibilidades jurídicas. Enquanto que as sub-máximas de necessidade e de adequação significam o caráter dos princípios na condição de mandatos de otimização das possibilidades *fáticas* (o que seja faticamente possível, diante do caso concreto).

Assim, os direitos fundamentais compreendidos enquanto princípios são interpretados pelo balanceamento através da máxima da proporcionalidade.

## 5 A FLORESTA AMAZÔNICA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

### 5.1. A SOBERANIA BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A ordem constitucional vigente estabelece como um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil o da soberania (CF/88, art. 1.º, I).

A soberania popular está explicitamente prevista no artigo 1.º, parágrafo único, da CF/88, quando sentencia que "todo poder emana do povo". Nesse modelo democrático, o povo, a população brasileira têm o poder da soberania, tem a força da auto-determinação.

O padrão constitucional brasileiro está em harmonia com os documentos universais da ONU. A Carta da ONU de 1945 recomenda como princípio a "igualdade soberana" de todos os seus Estados-membros. A Constituição brasi-

23 Ibid., p. 90.
24 Ibid., p. 92.
25 Ibid., p. 105 et seq.
26 ALEXY, 2002, p. 111 et seq.

leira, assim, tem o fundamento da soberania no primado de direito internacional, disposto legalmente na Carta da ONU, de 1945.

Igualmente, a garantia da soberania nacional vai buscar suas bases na autodeterminação dos povos prevista também expressamente na Carta da ONU, de 1945 (art. 1.º, 2), segundo a qual os povos das nações do mundo determinam o próprio destino, sem interferência de qualquer poder externo.

Esse princípio universal da ONU está vinculado a outros dois princípios que lhe são corolários, a saber, (i) a não intervenção em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna do Estado, (ii) a proibição de obrigar um Estado a se submeter a uma solução imposta por outro Estado para resolver questão intestina.

Por essas garantias supra-nacionais, a soberania interna também está assegurada internacionalmente, porque haurida dos princípios republicanos previstos nas normas constitucionais, merecendo respeito da ordem externa vigente.

Tal substrato vem dá apoio para o respeito à diretriz constitucional de que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelos princípios, dentre outros, da independência nacional e da autodeterminação dos povos (art. 4.º, I e III).

A dimensão externa da soberania brasileira também está preservada a medida em que a Carta da ONU enuncia a paz como valor supremo a perseguir (art. 1.º, 1). A manutenção da paz, com a consequente proteção das gerações futuras contra o flagelo da guerra, é o objetivo primordial da ordem jurídica internacional.

Mas esse objetivo-mor somente é possível graças à norma internacional que colocou axiologicamente o homem como centro das atenções. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclama os direitos humanos como balizador das ações dos Estados, tanto no plano interno quanto externo.

A Constituição Federal homenageia essa recomendação ao pregar a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios a serem seguidos pelo Brasil nas suas relações internacionais. O respeito à norma constitucional pode ser exigido através da regra de reciprocidade de tratamento entre os Estados.

Garantindo, também, a integridade da soberania brasileira, o Texto Magno contempla os princípios de não intervenção e de igualdade entre os Estados, aliás, consagrados, expressamente, na Carta da ONU como princípios que regem as relações internacionais.

Nessa linha, a paz, os direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a independência nacional, a não intervenção, igualdade entre os Estados são

princípios constitucionais que garantem a incolumidade da soberania brasileira e tem apoio nas normas jurídicas da ordem internacional.

### 5.2 A FLORESTA AMAZÔNICA: UM DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO BRASILEIRO

Na perspectiva doutrinária adotada, pode-se dizer, de modo simples e sintético, que direitos fundamentais são direitos, não obrigatória mas preferencialmente constitucionais, positivados no ordenamento jurídico com a intenção de representar direitos humanos, garantidos em tutela constitucional.

A Carta Magna cataloga os direitos fundamentais no artigo 5.º, mas esse dispositivo não os esgota. Em outras passagens do Texto Maior, também se encontram direitos fundamentais, bem como há direitos fundamentais positivados em ambiente extraconstitucional.

Um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, constitucionalmente previsto, é o direito fundamental da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1.º, III). A postura da Constituição Republicana brasileira é harmônica à diretriz externa das Nações Unidades declarada na Carta da ONU, quando, em seu preâmbulo, refere à dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser seguido pelos povos do mundo contemporâneo.

Esse princípio-fundamento assegura concretamente ao cidadão brasileiro as condições mínimas para uma vida saudável, exprimindo a concepção republicana inclusiva, estando amplamente protegido, em sede constitucional, contra o Estado e contra os particulares.

Corolariamente, o artigo 225, *caput*, prevê o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No seu parágrafo 4.º, determina que a floresta amazônica brasileira é patrimônio nacional.

Ora, é o Texto Máximo, dotado de força de autoridade da soberania, que cristaliza a floresta amazônica como bem coletivo do povo brasileiro. A Constituição consagra explicitamente a floresta amazônica como direito fundamental do povo brasileiro.

A floresta amazônica tem sua natureza de direito humano porque faz parte do meio ambiente, ao lado dos demais recursos e bens ambientais, como rios, lagos, ar, animais selvagens, etc. A floresta, por ser parte do todo – o meio ambiente ecologicamente equilibrado –, é indubitavelmente direito fundamental que, por mandamento constitucional, tem como titular o povo brasileiro.

A floresta amazônica brasileira é bem jurídico ambiental cujo exercício de titularidade é desempenhado democraticamente pelo povo brasileiro. O Estado de Direito brasileiro, baseado em princípios democráticos, repele a interferência

nos assuntos internos, e os princípios constitucionais repulsam a internacionalização da Amazônia.

Em se considerando a ideia de internacionalização, há dois valores a serem considerados. Um, é a floresta, vista sob o enfoque de direito fundamental do brasileiro; o outro, é o direito universal de todos os demais povos sobre o meio ambiente amazônico. No balanceamento destes direitos, analisemos sob a inspiração do princípio da proporcionalidade.

Na máxima da adequação, faticamente é inviável que todos os povos tenham o domínio e, portanto, o direito (fundamental) sobre a floresta amazônica brasileira, porquanto ela está localizada dentro da jurisdição brasileira, fazendo parte da identidade cultural do povo brasileiro. No espaço amazônico brasileiro, a população regional tem costumes e hábitos próprios, pertencente a uma mesma etnia que professa valores semelhantes, mesma língua e credo religioso semelhante, identificando-se culturalmente. Seria inadequado, portanto, se o alienígena se apropriasse da floresta, expulsando o homem local de seu *habitat* natural.

Quanto à necessidade, a medida menos onerosa, menos custosa é reconhecer a fundamentalidade do direito sobre ela ao povo brasileiro. O bem ambiental faz parte do patrimônio nacional, e dele o cidadão brasileiro já desfruta. O cidadão está integrado à floresta. A gestão florestal é feita por políticas públicas necessárias à sua preservação. Graças à ação enérgica do Estado brasileiro, o desmatamento tem diminuído consideravelmente. Por outro lado, os países desenvolvidos, os mentores da internacionalização da Amazônia, já demonstraram serem incapazes e incompetentes para preservarem suas florestas, porquanto se omitiram de implementarem políticas de salvação do próprio bem florestal. Por isso, o meio mais benigno e menos traumático - necessário, portanto - é considerar a floresta amazônica como direito fundamental do povo brasileiro.

Por fim, a proporcionalidade no sentido estrito dita que as condições jurídicas são todas favoráveis à fundamentalidade do direito ao cidadão brasileiro, sejam dos argumentos extraídos da ordem jurídica internacional, com base nos documentos universais já apontados, seja perante o ordenamento positivo brasileiro, segundo o qual a floresta amazônica é um direito constitucional brasileiro. Não há nenhum argumento jurídico plausível a favor da internacionalização da Amazônia.

Portanto, o olhar de direito fundamental da floresta amazônica brasileira a favor do cidadão brasileiro é a equação razoável para manutenção da paz e afirmação dos direitos humanos.

## CONCLUSÃO

A ideia de internacionalização da Amazônia contraria todos os princípios e regras axiologicamente positivados nos documentos universais assinados pelos povos das Nações Unidas, bem como viola flagrantemente a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Os paradigmas internacionais da paz e dos direitos humanos, bem como os paradigmas brasileiros de Estado Democrático de Direito e de direitos fundamentais estariam sendo contrariados com a prática da ideia de internacionalização amazônica.

O primado da dignidade da pessoa humana – um direito fundamental, por excelência –, consagrado tanto no plano externo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como no interno, nas letras da Constituição Federal, permanece invulnerável com a manutenção da floresta amazônica nas mãos do povo brasileiro.

Nesse sentido, em obediência aos princípios do Direito contemporâneo, a floresta amazônica brasileira deve ser considerada um direito constitucional fundamental do cidadão brasileiro, representativo de direito humano, garantido constitucionalmente por ação de tutela.

# O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DOS DIREITOS À CIRCULAÇÃO E À MOBILIDADE NOS ESPAÇOS URBANOS

Daniella S. Dias[1]

**Sumário**:

1 Introdução; 2 A política de desenvolvimento urbano e o direito à circulação e à mobilidade nos espaços urbanos; 3 Os modelos de urbanização e de circulação e a participação democrática; 4 A gestão democrática na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade; 5 A legitimidade do Ministério Público para atuar na tutela do direito à circulação e à mobilidade nos espaços urbanos.

> " O que se tem visto é a exclusão crescente de parcelas da sociedade. Para não se absterem das demandas colocadas pelos avanços da ciência e da tecnologia, as elites destituem outros grupos sociais das condições mínimas de existência digna. Este modelo é em si incompatível com a sustentabilidade de uma cidade para toda a população. Apenas o aprofundamento da democracia poderá viabilizar a sustentabilidade urbana para o conjunto da sociedade brasileira. O aprofundamento necessariamente deverá incorporar não apenas o direito ao voto, mas também o direito de participação efetiva na definição do modelo de desenvolvimento do país. Tal participação, por sua vez, passa forçosamente pela elaboração e implementação de políticas públicas que, em se pensando uma sociedade sócio-ambientalmente-sustentável, deverão promover a justiça socioambiental que se caracteriza pela universalização dos direitos - à habitação, à educação, à saúde, à segurança, ao trabalho ..." (Grazia e Queiroz 2001, p. 17).

1 Doutora em Direito Público – UFPE
Pós-doutorado Universidad Carlos III de Madrid
Professora da Graduação e Pós-graduação UFPA
Professora da Pós-graduação UNAMA
Promotora de Justiça

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o poder público municipal passou a ter competência para realizar políticas para o desenvolvimento urbano como forma de concretizar o direito à cidade. Dentre essas políticas, destaca-se a necessidade de criação do Plano Diretor de mobilidade, verdadeira "ferramenta" que deve definir metas e plano de ações para garantir a mobilidade e a circulação nos espaços urbanos.

O presente artigo tem os seguintes objetivos: destacar a responsabilidade do poder público municipal em efetivar o direito à circulação e à mobilidade nos espaços urbanos e o inequívoco dever do Ministério Público para atuar em prol da ordem urbanística tendo em vista a concretização das funções sociais da cidade.

## 2 A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E O DIREITO À CIRCULAÇÃO E À MOBILIDADE NOS ESPAÇOS URBANOS

A atividade urbanística é função pública e deve desenvolver-se consoante o princípio da legalidade (art. 37, CF).

A Constituição Federal dispôs que a Política de Desenvolvimento Urbano deve ser executada pelo Poder Público municipal, objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade para garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, CF).

O texto constitucional apresenta como **objetivos da política de desenvolvimento urbano** a realização de espaços urbanos sadios, **o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade** e o bem-estar para todos os habitantes (Art. 182, C.F.). Trata-se de dispositivo que afirma a necessidade de realização do desenvolvimento urbano, competência primordial do Poder Público municipal, que há que se efetivar **consoante determinados objetivos**.

O artigo 182 da Constituição Federal é **norma com caráter principial**, isto é, com grande densidade principiológica, pois **elenca os vetores necessários à realização de políticas públicas** nos espaços locais, a saber: o bem-estar social assim como **a garantia do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.**

Para a realização do desenvolvimento urbano consoante os objetivos constitucionais, é imperioso considerar **os diversos direitos fundamentais com o concomitante cumprimento das funções sociais da cidade**, estas últimas compreendidas como o efetivo resultado da prestação dos **serviços pú-**

**blicos necessários para que os cidadãos possam trabalhar, habitar, circular e desfrutar de atividades recreativas e de lazer nos espaços urbanos**[2].

O bem-estar social pressupõe uma vida sadia, **em um ambiente físico que apresente estrutura eficiente e serviços que possam satisfazer às necessidades da população**. A cidade, enquanto ambiente construído, **necessitará de planos políticos que possibilitem o desenvolvimento de suas funções sociais** de forma a garantir o bem-estar dos habitantes (Artigo 182, C.F.) paralelamente à defesa do meio ambiente.

Ao município é delegado o dever, a competência em planificar metas e ações para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois **é o principal responsável para a efetivação e garantia das funções sociais da cidade**[3].

A eficiente operacionalização e funcionamento das funções sociais da cidade deve se pautar para oferecer a todos os cidadãos serviços dignos, de qualidade, por meio do planejamento dos assentamentos urbanos e de processo de urbanização que consigam reverter os processos destrutivos do meio ambiente e ao mesmo tempo maximizar benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos.

**Uma das funções sociais da cidade é a circulação.**

Segundo Mukai (1990, p. 37),

2 "Já em 1933, a Carta de Atenas, documento fundamental do urbanismo moderno, assentou que as cidades devem atender, acima de tudo, às quatro necessidades fundamentais da vida do ser humano: habitar, trabalhar, recrear e circular. São estas as funções básicas a serem harmonizadas pela legislação urbanística e a sua aplicação pelos órgãos competentes" (Krell, 2008, p. 57).

3 "Conforme ensinamento de Moreira, em termos urbanísticos, para a ordenação da cidade, consideram-se as seguintes exigências fundamentais: - traçado do sistema viário principal, reunindo as principais linhas de deslocamento interno à cidade (moradia-trabalho, moradia-comércio e serviços, trabalho-trabalho); - localização de terminais dos sistemas de transportes (estação ferroviária, estação rodoviária, estações metroviárias, terminais de ônibus urbanos, aeroportos, portos, terminais de caminhões etc.), que se constituem em importantes centros de geração de tráfego a serem correlacionados com o sistema viário, ao mesmo tempo em que são importantes centros de atração da população e, em decorrência, de comércio e de serviços, a serem correlacionados com as demais áreas centrais da cidade;- fixação das densidades máximas permitidas, para não sobrecarregar a infra-estrutura urbana já implantada (água, esgoto, energia, iluminação, drenagem, telefone, gás etc.), o sistema viário e o de transportes coletivos e as áreas livres;- fixação das densidades mínimas permitidas para que não resultem ociosas a infra-estrutura urbana já implantada e as áreas públicas; - adequado dimensionamento do sistema principal de drenagem das águas pluviais, para que tenha capacidade suficiente em relação ao escoamento das águas de chuva, que se avolumam pela impermeabilização do solo;- indicação dos elementos do meio ambiente natural e cultural a preservar (mananciais, solos frágeis, matas, áreas históricas, bairros característicos etc.); - indicação da localização preferencial das atividades econômicas (comércio, indústria e serviços) assegurando-se-lhe espaço suficiente nos locais de maior acessibilidade e em localização compatível com as demais atividades urbanas; - definição dos padrões admissíveis de utilização dos recursos naturais (solo, água, ar, silêncio); - indicação das áreas preferenciais para ocupação e expansão urbana de parcelamento ou edificação compulsórios" (CALLEGARI, 1992. p. 38-9).

> "uma das funções básicas do urbanismo é permitir a circulação de pessoas e semoventes em condições harmoniosas e adequadas, devendo a ordenação do território atender a tal desiderato. Por essa razão, num estudo geral sobre urbanismo, no Brasil, não podemos deixar de examinar a questão do tráfego, trânsito e sistema viário, bem como a dos transportes urbanos, posto que as legislações correspondentes, em aspectos pontuais, influem no urbanismo".

Com base na leitura de excerto de Mukai, podemos afirmar que **o planejamento é a base de toda atividade urbanística e que deve ser concebido para a realização das funções sociais da cidade.**

A circulação é função diretamente afeta à ordem urbanística, o que pressupõe a intervenção do Poder Público nos espaços urbanos por meio do planejamento para criar legislação urbanística e instrumentos de intervenção urbanística para propiciar a circulação, o direito de ir e vir dos cidadãos que habitam os espaços urbanos, em igualdade de condições.

Se o planejamento é a base da atividade urbanística, aquele deve ser desenvolvido nos estritos limites do princípio da legalidade.

As normas jurídicas são, no espaço urbano, instrumentos legítimos para a produção do planejamento urbano e de sua implementação. As normas jurídicas servem para harmonizar ou compatibilizar os interesses diferenciados no uso e transformação do uso do solo urbano.

No que diz respeito à circulação, o Estatuto da Cidade determina que todas as cidades brasileiras com mais de 500.000 habitantes devem elaborar um Plano de Transporte Urbano Integrado, atualmente denominado **Plano Diretor de Mobilidade** (artigo 41, parágrafo 2º. da Lei 10. 157/2001 c/c Resolução nº. 34/2005, do Conselho das Cidades). **A mobilidade urbana,** por sua vez, é "um atributo das cidades, relativo ao deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano, utilizando-se para isto veículos, vias e toda a infra-estrutura urbana" (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2004), e que deve estar associada à política urbana, às diretrizes do planejamento urbano, expressa no Plano Diretor (artigo 41, parágrafo 2º. da Lei 10. 157/2001).

Constata-se que o processo de planejamento deve abordar a dimensão estratégica da gestão da mobilidade urbana bem como os conflitos sociais de apropriação dos espaços públicos, no caso do transporte coletivo.

A Resolução nº. 34 /2005, do Conselho das Cidades, traz os princípios e diretrizes gerais para a elaboração do Plano Diretor de Transporte e da Mobilidade. Este é instrumento da política de desenvolvimento urbano, integrado ao

Plano Diretor do município, da região metropolitana ou da região integrada de desenvolvimento, contendo diretrizes, instrumentos, ações e projetos voltados a proporcionar o acesso amplo e democrático às oportunidades que a cidade oferece, através do planejamento da infra-estrutura de mobilidade urbana, dos meios de transporte e serviços, possibilitando condições adequadas ao exercício da mobilidade da população e da logística de distribuição de bens e serviços.

O **Plano Diretor de Mobilidade -** instrumento primordial para execução do planejamento urbano e para a concretização do direito à cidade sustentável - desde sua elaboração até a sua implementação, deve ser permeado por espaços de participação política. Em outras palavras, desde a elaboração até implementação e fiscalização das metas e prioridades contidas no **Plano Diretor de Mobilidade**, é necessário que os poderes Legislativo e Executivo garantam: a publicidade dos documentos e informações produzidos; o livre acesso a qualquer interessado a esses documentos; a realização de audiências públicas e debates que propiciem a participação política da população e de associações representativas de vários segmentos da comunidade (Lei 10.257/2001, artigo 40, incisos I, II e III).

O Plano Diretor de Mobilidade se expressa como um plano de ação, um conjunto de medidas para serem executadas pelo Poder Público, pelo setor privado e pela sociedade, que deve regulamentar o serviço de transporte coletivo, a estruturação do órgão municipal gestor das políticas de mobilidade urbana, a reorganização da rede de transporte coletivo, a implantação de campanhas permanentes de divulgação de trânsito seguro, a qualificação da infra-estrutura nas paradas de ônibus, entre outros.

O Plano Diretor de Mobilidade deve garantir e proporcionar à toda população condições adequadas ao exercício da mobilidade e da circulação de forma que todos os habitantes possam utilizar as redes de infra-estrutura de circulação para ter pleno acesso aos bens e serviços que a cidade oferece, ao trabalho, ao lazer.

Considerando que a mobilidade é fator essencial para o desenvolvimento de todas as atividades urbanas e que as decisões relacionadas com a mobilidade podem trazer benefícios ou prejuízos para os indivíduos, para as atividades econômicas, culturais, religiosas, para regiões inteiras da cidade, e que todas as intervenções que tratem da mobilidade nos espaços urbanos implicarão em decisões e ações que vão afetar o cotidiano dos cidadãos, **o Plano Diretor de Mobilidade deve objetivar a construção de uma cidade sustentável por meio de políticas que proporcionem o acesso amplo e democrático ao espaço urbano**, priorizando os modos coletivos e os não motorizados de transporte,

assim como **deve ser um plano que objetive reduzir a segregação espacial, que favoreça a inclusão social e a sustentabilidade ambiental.**

Verifica-se que o conceito de mobilidade, muito mais amplo do que o de circulação, destaca o fato de que o deslocamento das pessoas e bens nos espaços urbanos deve ser feito de forma digna. Significa dizer que o Poder Público municipal deve tratar da mobilidade, da necessidade de deslocamento das pessoas nos espaços urbanos não somente considerando os aspectos físicos ou da circulação de veículos, **mas sobretudo o fato de que a mobilidade depende da existência de infra-estrutura urbana, de veículos e de vias públicas que possibilitem efetivamente o ir e vir com qualidade de vida e com segurança.**

## 3 OS MODELOS DE URBANIZAÇÃO E DE CIRCULAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

A infra-estrutura do sistema de mobilidade, a existência de um plano de transporte urbano e de mobilidade devem contemplar a melhoria da qualidade de vida das pessoas, principalmente daquelas consideradas hipossuficientes (**mulheres, idosos, grávidas, portadores necessidades especiais, etc**.). Daí a necessidade de atuação do Estado por meio de um conjunto de ações, de políticas públicas que possam servir nessa teia de relações sociais, objetivando transformar os espaços urbanos em função dos atores sociais, considerando sobremaneira os interesses daqueles que não têm acesso aos espaços urbanos de forma digna, e isto compreende, forjar possibilidades de acesso à moradia, a condições de habitabilidade, a serviços de transporte, saúde, segurança, infra-estrutura básica, saneamento, dentre outros serviços.

Sob a perspectiva das diretrizes contidas no Estatuto da Cidade e nas diretrizes produzidas pelo Ministério das Cidades, não se pode mais pensar ou planejar a intervenção do Poder Público municipal nos espaços urbanos e ter em vista tão-somente a infra-estrutura e a organização espacial dos serviços de transporte público, **desconsiderado o elemento social, a dimensão estratégica da mobilidade, sem tratar dos conflitos que podem se desenvolver em razão do planejamento de políticas para o transporte coletivo.**

A análise sobre o espaço necessariamente requer a análise das relações sociais e dos atores que nela atuam preponderantemente para constituição do espaço. Estes atores, quando da construção do espaço e da utilização dos recursos naturais, não atuam de forma igualitária, o que nos permite concluir que **a análise do espaço urbano requer consideração de que a população, instituições privadas e o próprio Estado têm atuações determinantes e substanciais para a construção dos espaços urbanos, sua utilização, e princi-**

**palmente, para a criação localização e funcionamento "de objetos técnicos e naturais no meio ambiente do espaço"** (Santos e Motta, 2001, p. 92).

Os espaços urbanos são o palco, a base material em que as relações econômicas, políticas e sociais se realizam e por conseqüência, determinam a forma de utilização do meio ambiente, dos recursos naturais.

A análise dos espaços urbanos objetivando a sustentabilidade não pode ser feita considerando-o somente como base material para as relações sociais. Ao contrário, a sustentabilidade dos espaços urbanos só pode ser concretizada à medida em que a gestão dos espaços urbanos leve em consideração que os atores sociais determinam e influenciam diretamente o uso do espaço físico, em razão de interesses econômicos e políticos[4].

Como dito anteriormente, todo o processo de planejamento e intervenção do Poder Público sobre os espaços urbanos deve se dar embasado no princípio da legalidade. **A existência de legislação que defina a forma e os mecanismos técnicos de intervenção sobre os espaços urbanos é condição sem a qual não há legitimidade dos atos administrativos do Poder Público.**

Em nossa Constituição Federal, **a participação popular apresenta-se como requisito imprescindível, necessário para a validação e a eficácia dos atos do poder público** e a concretização da participação popular no processo de tomada de decisão no que tange ao planejamento e execução de políticas urbanas se dará por meio de legislação infraconstitucional.

O texto constitucional trata da cooperação de associações representativas da sociedade civil no planejamento municipal, o que pressupõe que a lei orgânica municipal deve conter os instrumentos que possibilitem a gestão participativa, a participação popular no processo de desenvolvimento urbano (CF, artigo 29, inciso XII), estabelecendo ainda as regras de procedimento para que haja a cooperação da sociedade no planejamento local, na elaboração do plano diretor e de todos os demais planos municipais que fazem parte do processo de planejamento e desenvolvimento urbanos.

4 Para Grazia e Queiroz (2001, p. 16), "o espaço urbano não deve ser entendido apenas como o que há de concreto, isto é, a natureza e o espaço construído - edificações e infra-estrutura. São parte integrante desta produção social as teias de relações que aí se estabelecem. Sendo fruto das relações de poder desigual entre indivíduos e grupos sociais, que contraem alianças mais ou menos duradouras, a cidade pode ter sua sustentabilidade socioambiental ameaçada, caso os interesses privados de uns coloquem em risco os recursos necessários à reprodução das condições de vida dos outros. Dessa forma, os padrões de apropriação, produção e consumo de uma sociedade expressam sua estrutura e seu modelo de desenvolvimento, e definem a possibilidade de sua sustentabilidade socioambiental". E acrescentam: "A ameaça à sustentabilidade urbana que vivemos é resultado da supremacia dos interesses privados, e individuais, sobre os sociais, coletivos".

Diversos mecanismos participativos foram dispostos no texto da Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e o capítulo IV trata especificamente da gestão democrática na cidade[5].

A gestão democrática da cidade, refletida nesses dispositivos constitucionais e federais, ratifica o sentido e a conformação do Estado Democrático de Direito que pretende a realização da igualdade, com base na vivência da democracia. Nessa perspectiva, a atuação estatal, o cumprimento de suas competências, a implementação de políticas públicas, inclusive, a proposição de projetos de leis, planos e programas para o desenvolvimento urbano dependerão desse diálogo entre Estado e sociedade, dessa "concertação de interesses" (Lei 10.257/2001, Art. 43). Portanto, é no âmbito municipal, nos espaços urbanos, que os cidadãos podem consolidar o debate, o diálogo com os poderes públicos e que a democracia é regime político sem o qual os poderes públicos municipais não poderão enfrentar os desafios da atualidade.

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade será efetivo se viabilizar a participação dos indivíduos na administração do espaço urbano por meio de gestão participativa, da ponderação de interesses privados, de interesses públicos, de interesses privados e públicos colidentes, de forma a produzir parâmetros técnico-legais lídimos, decorrentes da correta ponderação de interesses para a realização dos objetivos nacionais para o desenvolvimento urbano e para o cumprimento da função social da propriedade, expressos em instrumento basilar para o processo do planejamento e desenvolvimento de políticas urbanas: **o plano diretor e os planos especiais, a citar o Plano Diretor de Mobilidade.**

## 4 A GESTÃO DEMOCRÁTICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CIDADE

Vale ressaltar que a norma constitucional é, segundo Krell (2008, p. 65), uma importante e poderosa "ferramenta exegética, verdadeiro 'guia" para a boa compressão dos dispositivos infraconstitucionais; sua elevada posição hierárqui-

5 O artigo 2º., a exemplo, estabelece:
Art. 2º. "A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para os presentes e futuras gerações;
II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
(...)
XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população".

ca determina a (re)leitura das normas de nível ordinário e deve ser considerada no balanceamento de interesses conflitantes".

A execução da política de desenvolvimento urbano deve ser realizada nos moldes das normas constitucionais, concretizadas pelo Estatuto da Cidade. **Não há discricionariedade por parte do Poder Público municipal. Há sim verdadeira vinculação!**

Segundo Krell (2008, p. 103),

> "A Agenda 21 Brasileira idealiza o planejamento governamental como *um processo de negociação permanente* entre o Poder Público e as instituições da sociedade, através do qual deverão ser produzidas soluções *adequadas, criativas e equânimes*, 'por meio da ação dialógica, da discussão e do debate, da negociação e da barganha, dos pactos e das coalizões".

O plano diretor, o plano de transporte e mobilidade urbanos, o código de obras, o código de posturas, o zoneamento e parcelamento urbanos, a implementação de vários institutos dispostos no Estatuto da Cidade, que objetivam o cumprimento das funções sociais da cidade, devem ser criados e implementados com a participação popular, com a cooperação entre iniciativa privada, governo e demais setores da sociedade no processo de urbanização, tendo em vista garantir o interesse social e consolidar a democracia participativa (art. 2º., incisos II, III, Estatuto da Cidade).

Estatuto da Cidade veio dar suporte jurídico para as estratégias e para os processos de planejamento urbano a serem produzidos pelos governos municipais e a Constituição Federal determinou o papel fundamental dos municípios para a formulação de diretrizes de planejamento urbano e para a condução do processo de gestão das cidades de forma democrática.

O Estatuto da Cidade veio ratificar a importância da existência de processos e mecanismos para a gestão democrática das cidades, justamente porque a necessidade de uma mudança na qualidade política do processo de construção da ordem jurídica está diretamente relacionada à ampliação da democracia no processo de gerenciamento do espaço urbano. Essa nova perspectiva política - descentralização e democratização - tem em vista a melhoria da qualidade de vida de grande parcela populacional, que não tem expressão política nem poder de contestação sobre as tomadas de decisão no plano do gerenciamento urbano.

Em outras palavras, o caráter vinculativo das normas federais (Estatuto da Cidade) sobre o processo de planejamento urbano em bases democráticas vêm dar densidade jurídica ao princípio constitucional da soberania popular,

inexistindo qualquer discricionariedade por parte do administrador municipal em cumprir os mandamentos constitucionais e federais sobre a temática[6].

Da leitura das diretrizes dispostas no Estatuto da Cidade e considerando o que preceita a Constituição Federal no capítulo da Política Urbana, não há permissão para que o Poder Público municipal estabeleça a política de transporte urbano de forma a autárquica, verticalizada, contrariando as leis superiores que tratam do assunto, como se estas não existissem![7]

## 5 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATUAR NA TUTELA DO DIREITO À CIRCULAÇÃO E À MOBILIDADE NOS ESPAÇOS URBANOS

A incúria do Poder Executivo Municipal na realização de suas funções e atribuições para o desenvolvimento da política urbana tendo em vista o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, em bases democráticas, assegura ao Ministério Público a possibilidade de pedir ao Poder Judiciário uma solução que coloque fim àquela omissão que lesiona ou ameaça o direito de toda uma população. **Esta missão assegurada ao Ministério Público e ao Poder Judiciário é uma das mais importantes salvaguardas que a Constituição garantiu à sociedade contra a violação de seus direitos**.

6 Para Krell (2008, p. 85-86; 87-88),

"A doutrina do Direito Público contemporânea não guarda mais dúvidas sobre a suma importância dos princípios assentados em nível constitucional ou na legislação ordinária, sendo eles considerados normas jurídicas que definem metas, fins e objetivos e são essenciais para a correta interpretação de todas as regras legais da respectiva área. Por conseqüência, a violação de um princípio considerada muito mais grave do que uma simples regra".

(...)

"Entretanto, não pode ser olvidado que, intelectualmente presos ao positivismo e ao formalismo jurídicos, muitos juristas brasileiros 'têm estado a serviço de interesses econômicos que vêem nas cidades tão somente o palco da acumulação de capital, sem preocupação com outros interesses sociais e ambientais na utilização do solo urbano', sendo o seu grande desafio atual 'construir um discurso jurídico sólido que faça uma releitura teleológica dos princípios constitucionais e legais, integrando os novos direitos sociais e coletivos à luz do marco conceitual consolidado pelo Estatuto da Cidade' ".

(...)

"Isto significa, segundo Saule Júnior, que o uso dos instrumentos urbanísticos por parte dos municípios, que contraria as mencionadas diretrizes gerais da política urbana, 'poderá ser questionado até por via judicial, em razão do pleno desrespeito à lei federal de desenvolvimento urbano e às normas constitucionais da política urbana', por representarem essas práticas 'lesão à ordem urbanística', com a possibilidade do uso da ação civil pública em defesa das funções sociais da cidade e do direito a uma cidade sustentável".

7 De acordo com o Estatuto da Cidade:

Art. 2º. "A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para os presentes e futuras gerações;

II - **gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade** na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;".

Havendo divergência entre o interesse público primário da sociedade, reconhecido em normas constitucionais, e o interesse público secundário do Município, prepondera o amparo do primeiro sobre o do segundo, pois aquele passa a constituir-se numa obrigação do Estado, e não mera oportunidade ou conveniência da política de governo.

O artigo 53 da Lei 10.257/2001 traz uma modificação substancial no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, pois a **ação civil pública** passa a ser **instrumento processual constitucional legítimo para proteger e garantir a ordem urbanística.**

O Direito Urbanístico é ramo do Direito que tem por objetivo regular as relações sociais que se estabelecem na cidade. Significa dizer que todas as relações que tratem da organização do espaço urbano tendo em vista a realização do bem estar e da qualidade de vida são regidas pelo Direito Urbanístico.

A legislação que trata do planejamento, da execução de obras públicas para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade são normas de Direito Urbanístico. Por meio do Direito Urbanístico, o Poder Público intervém no espaço urbano tendo em vista ordenar os espaços habitáveis.

Para Saule Júnior[8],

> " As funções sociais da cidade, na verdade, são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções das cidades, os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes, têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial, a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.
>
> A função social da cidade deve atender os interesses da população de ter um ambiente sadio e condições dignas de vida, portanto, não há como dividir essas funções entre pessoas e grupos pré-estabelecidos, sendo o seu objeto indivisível".

A circulação é uma das funções sociais da cidade e o Poder Público municipal tem por obrigação garantir a livre circulação de pedestres e de veículos de forma alcançar o bem-estar de todos.

8 SAULE JR. Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 61.

**Sendo o direito à circulação um direito difuso, configurando-se em uma das funções sociais da cidade, um direito de natureza metaindividual, cabe ao Ministério Público a atuação para, por meio da ação civil pública, fiscalizar e garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade**[9].

9 Neste sentido, afirma Krell (2008, p. 88): "O papel da Ação Civil Pública a ser desempenhado na proteção urbanística é o de dar efetivo cumprimento às diversas normas de conteúdo material previstas no Estatuto da Cidade e, evidentemente, em outros diplomas legislativos federais, estaduais e municipais que digam respeito à ordem urbanística. Ela é cabível para exigir que os municípios cumpram efetivamente as diretrizes fixadas pelo Estatuto federal, que visam à ordenação do território das cidades".

# QUESTÕES RELEVANTES SOBRE CONCURSO PÚBLICO

Ana Maria Barata*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar, pelo prisma jurídico, algumas situações relevantes e polêmicas sobre o instituto do concurso público. Essa necessidade decorre dos conflitos surgidos entre candidatos e a administração pública e da reduzida pesquisa sobre tema tão importante para o serviço público e para os candidatos que almejam um cargo público.

Desse modo, as abordagens aqui traçadas não têm a pretensão de dar respostas a todas as indagações sobre o assunto, mas visam promover a reflexão sobre tema de inquestionável importância, gerador de muitas dúvidas e discussões, na tentativa de oferecer tímida colaboração, esperando que as críticas possibilitem o aperfeiçoamento do aprendizado.

## 1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS

A ocupação de cargos, empregos, funções e ofícios públicos foi admitida por diversos meios. Conforme menciona Diógenes Gasparini[1], na Antiguidade, o acesso às funções públicas já se efetivava por sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso. Nessa metamorfose, o concurso, da forma como é concebido no Brasil, tem-se aperfeiçoado, sendo essa forma de acesso seguramente o mais indicado, necessitando tão somente ser aperfeiçoado e garantir a seriedade de quem o realiza.

O ingresso no serviço público, além do atrativo da estabilidade – apesar das tentativas de golpes que ela tem sofrido –, tem-se acentuado pela valorização profissional e, sobretudo, pelos altos salários de algumas carreiras de Estado. Entretanto, a escolha de uma profissão, inclusive a pública, não deve assentar-se apenas nesses dois pressupostos. O candidato que pretende ingressar no serviço público deve estar vocacionado para a carreira pública, a fim de que sua satisfação seja, não só vencimental, mas também prazerosa, desenvolvendo habilidades e capacidades, de modo a contribuir para uma mudança do perfil do Estado de prestador de serviços públicos e, com isso, alcançar a eficiência tão desejada por todos.

* Mestre, consultora jurídica da Defensoria Pública, professora da Universidade Federal do Pará e assessora da Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público. autora de vários artigos jurídicos.

1 GASPARINI, Diógenes. **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 13-14.

O trabalho é um companheiro de boa parte da vida da pessoa. Por essa razão, a opção pelo serviço público não pode ser só pela estabilidade ou pela remuneração, quando esta for atrativa. A realização do concurso público deve revestir-se das garantias constitucionais e legais, notadamente quanto aos princípios que envolvem essa forma de admissão no serviço público.

A legalidade na Administração Pública é o fio condutor de toda a atuação estatal. Enquanto o particular pode atuar na omissão da lei, a administração só pode atuar segundo a lei, conforme as precisas lições de Hely Lopes Meirelles[2].

Desse modo, o concurso rege-se pelas Constituições, Federal e Estadual, pelas leis estatutárias ou específicas e por um edital. Aliás, essa modalidade eletiva já reclama lei que estabeleça normas gerais reguladoras da matéria, pois muitos são os conflitos havidos, alguns dos quais promovidos pela Administração Pública, que infiltra nos editais exigências incompatíveis com a razoabilidade, outros decorrem de condutas imorais, com regras que pretendem afastar a concorrência.

Nesse aspecto, foi editado o Decreto Federal n.º 6.944, de 21 de agosto de 2009, que institui normas gerais para concurso públicos no âmbito da União. Ainda que tenha tratado timidamente sobre o assunto, gizou alguns marcos importantes para o processo de seleção.

## 2 - DO EDITAL

O edital como, já dizia Hely Lopes Meirelles, é a lei interna do certame. Isso não significa dizer que a administração pode inserir ilegalidades ou abusos nas exigências editalícias. Como o edital é o condutor interno e externo do concurso, deve ser elaborado de modo claro e objetivo, delimitando todos os aspectos relevantes do certame, para evitar alterações que possam traduzir insegurança e prejuízos. Isso também não significa dizer que o edital não pode ser modificado em razão de situações supervenientes, principalmente no que diz respeito às mudanças legislativas que se reputarem necessárias à eficiência da administração pública.

Poderá ocorrer que o edital tenha exigido para determinado cargo a escolaridade média e a lei, após a divulgação do edital, venha a modificar essa escolaridade para o nível superior, porque, dadas as novas atribuições do cargo, reputou-se necessária essa modificação. No caso, como o concurso ainda não foi efetivado, essa modificação pode ser introduzida em razão de mandamento legal. Caso o concurso já esteja em fase de andamento, não se vê outra saída a não ser sua anulação, pois não há como dar continuidade à seleção quando a lei

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 268.

está dispondo de forma tão relevante sobre o cargo objeto de provimento, em razão, inclusive, da respectiva remuneração. Nesse aspecto, o Decreto n.º 6.944 estabelece que qualquer alteração no edital deve ser publicada no órgão oficial e no sítio oficial.

**2.1 - IMPUGNAÇÃO DO EDITAL**

Todos os atos administrativos são passíveis de controle quando eivados de ilegalidade. Diante dessa premissa, o edital do concurso também poderá ser impugnado por qualquer interessado, quando observar que ele contém cláusulas discriminatórias, desproporcionais ou desarrazoadas. Entretanto, as impugnações devem ser efetivadas antes da deflagração do concurso, para que gere a eficácia da medida. Ocorre que alguns candidatos só promovem a impugnação porque não lograram êxito nas provas e resolvem arguir as ilegalidades porventura existentes. Apesar disso, a administração, caso a gravidade seja relevante, pode exercer seu autocontrole.

**3 - DAS PROVAS**

Consoante grafa o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, o concurso pode ser de provas ou de provas e títulos.

O concurso de provas consiste em aferir o candidato nas matérias vinculadas à área de trabalho em que o servidor desenvolverá o seu exercício funcional. Vários são os meios de aplicação de provas, podendo ser objetivas, subjetivas e mistas.

Normalmente, quando a relação envolve atividades cuja escolaridade exigida é o nível fundamental, o grau de exigência pode ser menor. Quando a exigência for de escolaridade média, a prova poderá ser objetiva, conhecida como de múltipla escolha. Esse tipo de prova deve ser bem elaborado, evitando exigências que comprometam discussões acerca de teses divergentes.

A prova objetiva poderá, também, ser aplicada à seleção para cargos de nível superior, porém o ideal é que, nesse caso, não se aplique só essa espécie, pois, quando a prova envolve também questões de natureza subjetiva, valoriza mais a seleção e avalia melhor a capacidade do candidato.

Para cargos de nível superior, mormente os de carreiras de Estado, o processo de seleção amplia o quantitativo e o qualitativo das provas em termos de exigências para a elaboração da prova, que poderá ser feita em várias fases.

A prova escrita poderá ou deverá, para algumas carreiras, consistir, também, em uma prova que teste os conhecimentos mais aprofundados do candida-

to, que terá oportunidade de demonstrar seus conhecimentos teóricos, inclusive quanto à aplicação do vernáculo.

Para as carreiras jurídicas, eleva-se o nível de exigência, e as provas podem ser compostas de exigências doutrinárias e jurisprudenciais, além dos aspectos legais que envolvem a matéria em arguição. Entretanto, a elaboração das questões deve exigir do elaborador bom senso, deixando de impor o que é desnecessário.

Já tomamos conhecimento de concurso que exigiu que o candidato identificasse, a partir de uma narrativa doutrinária, o autor e o livro em que o texto estava assentado. Esse tipo de exigência deixa clara a falta de competência para avaliar o necessário conhecimento que o cargo requer.

A modalidade de prova ainda poderá comportar a exigência de peças processuais, como também as temidas provas orais, quando exigidas no edital.

O sistema de correção das provas deve ser muito bem estruturado. A prudência recomenda que a correção de provas subjetivas deva ser feita por mais de um professor corretor que tenha a mesma formação no âmbito da disciplina, para que se obtenha a média de consenso, inclusive com debate entre estes sobre possíveis divergências quanto ao mérito da questão e à resposta mais correta. Esse procedimento cautelar enseja maior segurança material na correção, tudo devidamente formalizado.

**3.1 - DA PROVA ORAL**

A prova oral só deve ser exigida para cargos cujos detentores necessitem de apresentar-se em público, de fazer defesas, palestras, aulas, etc., para que possa ser avaliada a necessidade de o candidato bem se expressar, segundo a exigência do concurso.

Alguns cuidados devem ser observados. Os professores arguidores devem, por exemplo, focar as disciplinas que são objeto da arguição ou os procedimentos sobre os quais tenham experiência. Em regra, as perguntas não devem ser repetidas, salvo se os candidatos não tiverem qualquer contato com os demais examinados, como é o caso de daqueles que aguardam a avaliação e precisam ficar incomunicáveis, inclusive, não sendo permitido o uso de qualquer objeto de comunicação.

Recomenda-se que a prova oral seja gravada e/ou filmada, pois, em caso de contestação das notas, a banca examinadora terá condições de justificar a atribuição da nota, devendo constar das anotações de cada arguente os erros cometidos pelo candidato. Ressalte-se que essa hipótese já consta do Decreto regulador do concurso.

Ainda como espécies de provas, temos as de capacitação, que se destinam a verificar a capacidade física, por exemplo, de trabalhadores do porto, estivadores, investigadores, policiais, garis, etc. O Decreto também já contempla a ncessidade de esses instrumentos avaliativos serem concebidos de forma objetiva. Nesses casos, os instrumentos, as técnicas de aferição e a metodologia de avaliação, bem como os requisitos de julgamento, devem ser os mais claros possíveis, para que o candidato possa avaliar as razões de uma eventual reprovação e ter meios de exercer seu direito de recurso.

**3.2 - DA PROVA DE TÍTULOS**

A Constituição Federal também trouxe a previsão de prova de títulos, exigindo-a para alguns cargos, deixando para os demais a conveniência e a oportunidade da escolha pelo administrador, por meio de edital. Essa prova pretende avaliar o grau de aperfeiçoamento do candidato, devendo o edital pontuar com proporcionalidade os atributos e certificados. A exigência do título deve estar vinculada ao cargo objeto do concurso, salvo para as situações multidisciplinares que possam envolver a atividade do cargo, como ocorre com cargos para cuja habilitação podem ser aproveitados os conhecimentos na área ambiental, de gestão, etc. A prova de títulos deve expressar, em regra, a profissionalização do candidato, em sua área de atuação.

De modo geral, os títulos resultam de cursos que o candidato fez em sua vida acadêmica ou profissional, visando ao aperfeiçoamento em dada área do conhecimento. Os títulos relativos aos cursos de pós-graduação devem ser aqueles considerados pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) e pelos Conselhos, e sua pontuação deva guardar proporcionalidade e pertinência com o cargo a ser desempenhado, seja pela qualidade do curso, seja pela ponderação do valor total entre os títulos e a prova escrita. O edital deve ser muito claro quanto a essas exigências, de modo a não suscitar dúvidas quanto ao que efetivamente deseja a autoridade para o serviço público. Nesse aspecto, quem elaborar o edital deve consultar as regras do MEC e dos Conselhos de ensino sobre os cursos e seus desdobramentos, pois muitas polêmicas são geradas por desconhecimento das regras específicas nesse assunto.

Alguns editais pontuam como título o tempo de serviço público. Nesse aspecto, não vislumbramos inconstitucionalidade, pois a Constituição, no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), permitiu que o tempo de serviço fosse considerado como tal para os servidores estáveis amparados por esse preceito constitucional, submetidos a concurso para efetivação. Assim, como deve ser observada a isonomia, o edital que trouxer essa previsão está recepcionado pela Constituição.

Nesse aspecto, é importante que o edital deixe claro se o tempo de serviço é apenas da esfera realizadora do concurso, ou se vai recepcionar o tempo de serviço de todas as esferas, já definindo o que considera como tempo de serviço, devendo esse tempo estar em compasso com os regimes jurídicos estatutários regedores da matéria, pois há decisões de tribunais que consideram as atividades desenvolvidas por empresas estatais como serviço público, mesmo aquelas de atividades econômicas. O edital também deve fixar os critérios de desempate de forma clara e razoável.

### 3.3 - EXIGÊNCIAS DE APTIDÕES FÍSICA E MENTAL

Algumas espécies de cargos, como os de investigador, delegado, estivador, etc., exigem que o candidato seja submetido a exames físico e/ou mental. Na aptidão física, a comissão especial deve avaliar mediante testes, com julgamento objetivo e prévio conhecimento do candidato sobre os requisitos a serem avaliados. No caso, a exigência deve ser sempre pertinente às atribuições do cargo e, portanto, deve ser necessária ao bom desenvolvimento das funções. O Decreto que regula o concurso público veda exames psicotécnicos para a aferição do perfil profissiográfico e vocacional, porém os mantêm para detectar problemas psicológicos.

Algumas situações surgem no curso desses testes, pois alguns candidatos podem ter sofrido algum acidente e estar no momento impossibilitado de realizar a prova. A comissão deve agir com muita cautela nesses casos, pois não será qualquer impedimento que possibilitará a repetição da prova. Suponhamos que uma candidata tenha contraído uma doença que a impeça, naquele momento, de prestar o esforço físico, porém imaginemos que a competição se estenderá por todo o mês; essa candidata, diante das provas e dos laudos médicos, poderá ser deslocada para o final da competição, sem qualquer prejuízo ao certame nem aos demais candidatos, tendo em vista que a decisão não compromete a simultaneidade do concurso, que pode ser realizado em data vindoura.

## 4 - DA BANCA EXAMINADORA

A contratação de profissionais para a composição de banca que elaborará as provas deve ser outro cuidado que a comissão organizadora deve ter. Essa banca deve ser constituída de profissionais especializados nas áreas dos conteúdos expressos no edital, mormente em concursos de maior relevância, de preferência professores, pois, além de dominarem o conteúdo especializado em sua área de atuação, conhecem métodos de elaboração de provas e gozam de experiência na docência e no âmbito profissional, o que lhes permite avaliações mais eficientes. Ressalte-se que professores de curso preparatório não podem

participar dessas bancas, lembrando a aplicação dos impedimentos e suspeições do Código de Processo Civil e da Lei n.º 9.784/99.

## 5 - CONCURSO PARA CARGOS COM EXIGÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO

No âmbito dos concursos, a seleção poderá visar cargos que exigem especialização em determinada área de conhecimento, por exemplo, cardiologia, enfermagem do trabalho, endodontia, etc. Não adianta o candidato ter formação apenas em clínica geral ou ter atuado no interior do Estado para atender a necessidades em algumas dessas áreas, pois o perfil esperado pelo serviço público é do especialista na área, devendo o edital determinar o nível da especialidade que pretende.

## 6 - PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO

A Constituição traçou linhas gerais sobre a prorrogação, deixando ao administrador a possibilidade de, em suas leis, estabelecer o prazo razoável para a validade do concurso, conforme seja mais conveniente ao interesse público.

Algumas leis estão reduzindo o prazo de validade do concurso e, consequentemente, a prorrogação por igual período. Em alguns casos, a administração tem preferido realizar outro concurso, para ter a oportunidade de nomear os melhores classificados, a ampliar o prazo de validade e convocar candidatos com baixas classificações. Essa prática pode gerar controle judicial. O meio mais seguro para obter melhores profissionais é aumentar a nota mínima de aprovação. Entretanto, nesse caso, em razão da precariedade do preparo dos candidatos, poderá haver insucesso no preenchimento dos cargos, uma vez que sobrariam vagas em algumas carreiras.

Após encerrar o prazo de validade do concurso, a administração não poderá mais nomear os candidatos remanescentes, ressalvados os casos em que a administração procrastinar as nomeações e, de má-fé, deixar escoar o prazo para abrir novo concurso, prática que pode configurar desvio de finalidade, pois mesmo os casos de conveniência e oportunidade, como pressupostos da discricionariedade, têm limites.

A Constituição estabelece a possibilidade de realização de outro concurso público ainda na vigência de concurso anterior. Entretanto, não poderá haver qualquer nomeação para os mesmos cargos enquanto não esgotadas as admissões de concurso anterior dentro do prazo de validade.

Essa possibilidade poderá ocorrer, no caso de vacância de cargos em razão de aposentadorias, falecimentos, demissões, exonerações, a pedido e outros meios de vacância, cabendo à administração promover um levantamento para

certificar-se do momento oportuno de abrir novo concurso, que não deve ser homologado de pronto, pois, a partir desse ato, iniciar-se-á a contagem do referido prazo de validade. Ora, se a administração ainda nem concluiu a nomeação de todos os classificados no concurso anterior, logicamente a homologação imediata do segundo concurso, cujo prazo de validade começa a fluir em seguida a esse ato, causará, de certa forma, prejuízo ao segundo certame.

## 7 - PUBLICAÇÃO DO RESULTADO DO CONCURSO

A publicação do resultado do concurso pode não ser única, podendo ocorrer classificação provisória, pois desse resultado, por certo, haverá recursos, o que poderá mudar a classificação, ensejando várias publicações dessa fase até chegar à classificação definitiva. Essa hipótese poderá ocorrer inclusive quando o concurso é realizado em várias fases.

## 8 - PRETERIÇÃO

A preterição não se esgota só na inobservância estrita da classificação no concurso. O administrador público tem camuflado outros meios de preterição, como quando contrata temporariamente pessoal para a função de cargo ofertado no concurso, promove cessão de servidor de outro órgão para ocupar a função desse cargo, terceiriza as funções, por meio de empresas atravessadoras, para admitir pessoal de seu interesse, ou ainda quando deixa propositalmente escoar o prazo de validade do concurso, hipótese em que o controle judicial pode efetivar-se.

Vários têm sido os meios para não nomear o aprovado, tendo a administração abusado do conceito de conveniência, oportunidade e interesse público. Todos esses conceitos, a despeito de sua fluidez, são absolutamente mensuráveis no confronto com a realidade vigente. Quando a administração abre um concurso, é porque precisa prover os cargos ofertados e, como tal, precisa ter previsão orçamentária para essa despesa permanente, reclamada pelo interesse público. Assim, não é razoável lançar mão daqueles conceitos mágicos como meio para fraudar o concurso. Todos os conceitos, por mais fluidos que sejam, apresentam significado.

## 9 - HOMOLOGAÇÃO

A homologação do concurso funciona como meio de controle interno de que se serve a autoridade para certificar a legalidade desse procedimento seletivo.

Um dos efeitos da homologação é o começo da contagem do prazo de validade do concurso de dois anos, prorrogável por igual período. A homo-

logação é ato obrigatório do concurso. Caso não tenha ocorrido esse ato e já tenha havido as nomeações, a autoridade poderá convalidá-lo, promovendo-o de forma retroativa, a contar da data anterior às nomeações, para o resgate da contagem do prazo de validade. Defendemos para essa hipótese a possibilidade de convalidação[3].

## 10 - RECURSOS

A CF estabeleceu, no art. 5.º, inciso LV, a garantia do recurso com todos os meios que lhe são inerentes. No concurso público, o recurso administrativo pode ser manejado nas diversas fases.

Relativamente ao edital, qualquer interessado, como ocorre na licitação, poderá impugnar as suas cláusulas, promovendo uma das espécies de controle externo, visando recompor a legalidade, quando agredida. Exigências desarrazoadas, discriminatórias e que não guardem pertinências com o cargo, bem como outras questões envolvendo o edital, poderão sofrer impugnações, devendo a comissão avaliá-las com bastante cuidado, para, se procedentes, modificar o edital, evitando futuros problemas.

Assim, os recursos poderão decorrer do indeferimento de inscrição, de questões de provas, de documentação rejeitada pela comissão, dos resultados provisórios ou definitivos, etc.

O candidato que requerer autorização para ver, copiar ou fotocopiar sua prova deverá ter seu pedido avaliado e deferido pela comissão, pois como poderá recorrer sem ver o que errou? Nesse particular, há casos de intransigência da comissão que culminam com a necessidade de o candidato ter de manejar mandado de segurança para ver essa garantia satisfeita, o que é lamentável.

Ainda quanto a esse aspecto, a comissão deve exigir da banca examinadora, principalmente nas provas discursivas, que disponha de grade de correção, ou seja, a banca deve elaborar as temáticas esperadas nas respostas, pois só assim o candidato pode avaliar se os erros são seus ou da banca, para que possa recorrer com segurança, se for o caso.

O recurso também pode decorrer da prova objetiva, pois, muitas vezes, ela é elaborada de modo confuso ou com erros nas alternativas, e até erros quanto ao conteúdo.

A margem de erro é sempre menor quando a prova é calcada em legislação vigente. Porém, já vimos casos em que a questão foi elaborada com base em lei já revogada ou o elaborador não observou ressalvas ou exceções legais sobre

3 Sobre o assunto, leiam-se as obras de Odete Medauar e de Weida Zancaner (MEDAUAR, Odete. **Da retroatividade do ato administrativo**. Max Limonad, 1986; ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001).

determinada temática. Nesses casos a questão é passível de anulação. Isso ocorre principalmente quando o elaborador é inexperiente no assunto.

O edital já deve prever se o recurso será recebido no efeito devolutivo ou suspensivo. No primeiro efeito, o recurso será analisado, porém o certame poderá ter prosseguimento, enquanto, na segunda hipótese, as fases subsequentes ficarão suspensas até a decisão do recurso. A segurança jurídica indica que, em determinadas fases, o mais prudente é dar efeito suspensivo, para que mais adiante o prejuízo não seja maior e a anulação não comprometa as demais fases da seleção.

## 11 - EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO PARA A NOMEAÇÃO

A lei exige determinados documentos como requisitos para a habilitação ao cargo. Alguns documentos são exigíveis para a inscrição, sendo os básicos de identificação pessoal do candidato. Entretanto, os documentos para a investidura no cargo, tais como o diploma de escolaridade, inscrição em registro profissional, certidão de comprovação de atividade jurídica, entre outros, só poderão ser exigidos por ocasião da posse. Além da questão de legalidade, isso permite ao candidato que ainda esteja em final de complementação de alguns requisitos apresentá-los no momento da posse. Isso também foi objeto de previsão no Decreto já mencionado.

Ressalte-se que a lei, após a nomeação, garante prazo para a posse. Esse período justifica-se para que o candidato reúna a documentação ou possa desligar-se de outros cargos, empregos ou trabalho. A administração não pode fixar prazo menor que o estabelecido em lei. Já observamos casos em que a administração estabelece prazo de 10 (dez) dias para o candidato apresentar a documentação, sob pena de ser tornada sem efeito a nomeação. Apesar de se entender que a administração pública tem pressa para prover o cargo, isso não é possível, posto que o prazo legal é direito subjetivo do candidato e deve ser respeitado.

## 12 - DIREITO ADQUIRIDO À NOMEAÇÃO

Por muito tempo a administração obteve decisões no sentido de que o candidato que se submete a concurso público tem mera expectativa de direito à nomeação, conforme seja a conveniência administrativa. Os Tribunais, em boa hora, têm mudado esse entendimento, pois constataram que a administração, confortavelmente, utilizava-se da antiga jurisprudência para praticar desvios, manipulando outros meios de acesso às funções desses cargos, com a finalidade de não nomear o candidato classificado. Sedimentada nessa decisão, a administração promovia contratações temporárias, cessões, terceirizações, entre outras

medidas, objetivando retardar as nomeações, muitas vezes até com a intenção de esgotar o prazo de validade. Com esse comportamento, produzia fartas comprovações de desvio de finalidade.

Atualmente, a jurisprudência[4] tem-se sedimentado no sentido de, diante da demonstração da necessidade do provimento do cargo – isso ocorrendo até pelo simples fato de ter havido o concurso –, reconhecer direito adquirido do candidato à nomeação, quando imotivadamente a administração não justificar as razões da demora no provimento do cargo, mesmo após o prazo de validade do concurso. Assim, os aprovados já contam com esse avanço da jurisprudência, que garante a nomeação dos classificados dentro do limite de vagas ofertadas no edital, ou mesmo das surgidas por desistência no prazo de validade.

É verdade também que poderão ocorrer fatos supervenientes que retardem a nomeação, por exemplo, queda na arrecadação, efetivação ou atraso em obras para a implementação de estrutura mínima e de assunção ao cargo, etc.

## 13 - NULIDADE DO CONCURSO E DIREITOS DO CANDIDATO

Outro aspecto preocupante tanto para a administração quanto para o candidato são os casos de nulidade do concurso. As entidades, a administração e as bancas examinadoras devem ter muito cuidado para não causar situações de nulidade do concurso, porque esse fato gera enormes prejuízos à administração pública. Muitas vezes, o candidato é nomeado e já se encontra em exercício, quando sobrevém a anulação do concurso, por decisão judicial ou administrativamente. Havendo efetivamente graves ilegalidades insanáveis, a anulação deve ocorrer após regular notificação dos nomeados, para que exerçam o direito de defesa.

Nessa hipótese, as remunerações recebidas serão mantidas, pois a administração pública não poderá obter enriquecimento ilícito com o trabalho realizado.

Quando a nulidade se der por preterição ou se ocorrer, de alguma forma, mudança na classificação, a decisão que manda promover a nomeação estende-se também à recolocação do candidato em sua original classificação, impondo mudanças às vezes até nas promoções, se já ocorridas, incluindo pagamento de salários desde a época em que o candidato deveria ter sido nomeado, embora o trabalho não tivesse sido cumprido, por culpa da administração.

Há também as hipóteses de nulidade antes da realização do concurso, que afetam inclusive candidatos de outros Estados, impondo-lhes despesas com a inscrição, passagens, hospedagens, etc. Nesse caso, a administração ou o seu

4 Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

preposto deverá indenizar os candidatos pelos ônus que tiveram por culpa da administração, desde que devidamente comprovadas as despesas.

Outro aspecto que tem gerado muitos conflitos é a hipótese de anulação de questões de prova, quando elaboradas de modo confuso, contraditório ou com erro. Às vezes, candidatos bem posicionados acabam por descer na classificação em razão da nulidade, pois alguns, com a anulação, passam a uma posição superior.

Outra preocupação é o excesso de questões nulas em uma mesma disciplina. Já tivemos conhecimento de que uma prova de determinada disciplina, composta de 20 (vinte) quesitos, teve 15 (quinze) deles anulados. Pela proporcionalidade, essa prova desnaturou-se, é com se não existisse aquela disciplina, o que, dependendo do número total de questões nulas, redunda em nulidade do concurso, pois, certamente, o candidato não foi aferido regulamente naquela disciplina e pode ter sido aprovado pela quantidade de questões anuladas.

Desse modo, os organizadores do concurso devem ter preocupação máxima quanto a esses aspectos, uma vez que promovem o descrédito do instituto do concurso, da administração promotora, gerando insegurança para os concorrentes. Os casos de nulidades causam sempre grandes problemas, inclusive indenizatórios, por essa razão é que o concurso deve estar balizado na legalidade e de acordo com os princípios constitucionais e legais.

## 14 - PESO DE NOTAS

O edital, ao ser elaborado, deve avaliar com razoabilidade e proporcionalidade o peso que cada prova terá, conforme a relevância da matéria pertinente ao cargo.

Sabe-se que nos concursos têm sido exigidas noções de informática, provas de português e de disciplinas específicas. A composição da média ponderada deverá dar peso maior às disciplinas específicas da atuação do futuro servidor, inclusive para mensurar a maior dificuldade nessas matérias. De nada adiantará ter um bom candidato com português escorreito, se seus conhecimentos específicos não for o esperado, ao ponto de, na somatória dos pontos, a prova de português ser determinante para a sua aprovação, pois a administração corre o risco de, no caso de o cargo ser de médico, ter um bom profissional versado em gramática e um péssimo médico, que certamente pouco utilizará os conhecimentos de português na atividade profissional.

## 15 - PONTO DE CORTE

O ponto ou nota de corte é questionável nos concursos. Atualmente, dada a grande competitividade nos concursos, há uma fórmula matemática de corte. As provas só serão corrigidas até um determinado percentual, principalmente em seleções em que é indispensável a aplicação de prova prática. É preciso ter cautela para definir esse ponto de corte, buscando-se a proporcionalidade, de modo a evitar que a administração faça uma previsão apertada e candidatos, muitos dos quais aprovados em outros concursos, resolvam não tomar posse, com o que a administração poderá perder nomeações.

Discute-se ainda se o ponto de corte é legal, pois, de qualquer forma, o candidato galgou a nota mínima exigida para passar nas demais fases e, em tese, estaria apto para a fase de prova prática, podendo até alcançar nota maior e, no somatório, alcançar uma boa pontuação. Esta, certamente, será uma das questões a ser debatida no Judiciário.

Já vimos casos em que a classificação é publicada dentro do limite de vagas. Com isso, retira-se dos candidatos a possibilidade de saber se foram aprovados ou não, até porque a aprovação tem sido considerada como título ou meio de desempate em outros certames. Nesse aspecto, o Decreto em apreço, que regula o concurso público, determina que o edital estabeleça o número máximo de classificados, que nesse número sejam considerados os aprovados e ainda que os demais que obtiverem a nota mínima de aprovação sejam considerados reprovados. O Decreto no Anexo II estabelece ainda a quantidade de vagas e o número máximo de candidatos aprovados, podendo ser considerados aprovados no máximo até duas vezes o número de vagas previstas no edital. Aqui o Decreto fez distinção entre aprovados e classificados, definindo os aprovados, não pela nota mínima de aprovação, mas pelo número máximo de vagas fixado no edital, o que não parece ser o mais razoável.

## 16 - TEMPO DE EXPERIÊNCIA OU ATIVIDADE JURÍDICA

A Constituição de 1988 estabeleceu para as carreiras do Ministério Público e da Magistratura a obrigatoriedade de o candidato possuir 3 (três) anos de atividade jurídica, imprimindo a esses cargos a necessidade de alguma experiência, dada sua relevância.

Muito já se discutiu sobre o significado da expressão "atividade jurídica", que faz parte da categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, porém está enquadrada na categorização da discricionariedade técnica, pois é conceito que envolve reduzida valoração pessoal do intérprete.

A Carta inicialmente já definiu que essa atividade jurídica é aquela desenvolvida pelo bacharel em direito, estando, portanto, a atividade de estágio fora desse conceito. Agora, resta avaliar o que é atividade jurídica. Atividade é toda ação exigida de uma dada profissão, no caso, a de bacharel em direito. Portanto, essa atividade decorre de atividades de professor de direito, advogado e das inúmeras carreiras jurídicas, cargos cujo provimento exige a condição de bacharel em ciências jurídicas.

Compulsando-se a Resolução n.º 40 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 26 de maio de 2009, verifica-se que o art. 2.º inclui nesse aspecto as atividades decorrentes de cursos de pós-graduação, inclusive especialização, realizados por instituições reconhecidas pelo MEC, nos termos dos programas de pós-graduação.

Se o fim da Constituição foi buscar a experiência jurídica, parece-nos que essas atividades não se incluem aí. Entretanto, se o objetivo visar qualquer atividade que agregue processo formativo intelectual, podemos dizer que se trata de atividade jurídica.

Outra discussão gerada com a exigência dizia respeito ao momento em que poderia a comissão exigir esses 3 (três) anos. A questão já está pacificada: a comprovação deve ser no momento da posse.

Outro aspecto controvertido é saber se os editais podem exigir para outras carreiras jurídicas a obrigatoriedade de três anos de atividades jurídica fora do quadrante exigido na CF.

A exigência traduz-se numa restrição temporal, ou seja, aqueles que não tiverem três anos de atividade jurídica não poderão ser providos no cargo. Ora, sendo regra restritiva da Constituição, é regra de exceção; por conseguinte, o edital não poderá promover essa restrição para outros cargos jurídicos de órgãos diversos dos discriminados na CF. Essa condição poderá entrar na pontuação de títulos no concurso. Porém, há decisões no sentido de que, se houver lei prevendo a mesma exigência da CF, estará recoberta pelo princípio da legalidade.

## 17 - CONCURSO PARA CADASTRO DE RESERVA DE VAGA

Muito se tem falado sobre o cadastro de reserva como outra espécie de seleção, porém há poucos escritos sobre o tema.

Em nossa compreensão, a seleção por cadastro de reserva de vaga objetiva admitir no serviço público candidatos aprovados por esse meio, para vagas que venham a ocorrer após o preenchimento daquelas regularmente previstas em edital anterior. Ocorre que, depois de expirado o prazo de validade do concurso, poderão surgir novas vagas em decorrência da vacância de cargos, ou ain-

da os últimos concursados poderão deixar escoar o prazo para tomar posse sem que tenham mais interesse em assumir os cargos, ou ainda casos de aposentadoria demissão, pedido de exoneração, etc. Nessas hipóteses, havendo cadastro de reserva, a administração poderá convocar candidatos aprovados por esse meio para assumirem os cargos vagos, dentro evidentemente da classificação do concurso de cadastro de reserva. Essa forma de seleção deve ser encarada da mesma forma que o concurso regular. A diferença é que os candidatos não sabem a quantidade de vagas que estarão concorrendo, pois o provimento dependerá do surgimento de novas vagas. Entretanto, a desvantagem é a dificuldade que os aprovados terão para controlar o preenchimento dessas novas vagas, e a vantagem é o provimento imediato. O cadastro de reserva está previsto no Decreto mencionado que regula o concurso público.

Para finalizar, diante de todo o contexto ora traçado, concluímos que o concurso público é o meio mais democrático e igualitário de que o cidadão dispõe para ter acesso a cargos e empregos públicos.. A seleção é rigorosa, a concorrência é brutal, hoje não mais se realiza em âmbito local ou regional, a participação é nacional, atraindo grandes caravanas de vários locais do Brasil, principalmente para cargos de maior relevância, que oferecem boas remunerações.

Em elegia ao grande sacrifício dos candidatos, e, certamente, por ser o concurso público a garantia do futuro de uma vida digna é que a administração pública deve envidar todos os esforços para realizar concursos com padrão de qualidade, lisura, segurança e sigilo das provas, visando obter a credibilidade na ação administrativa e resgatar a confiança nesse instrumento tão eficaz para a eficiência na Administração Pública, esperando que essa via democrática possa ser cada vez mais aperfeiçoada e os órgãos de controle, notadamente os órgãos ministeriais, mantenham-se vigilantes para retomar os rumos seguros da legalidade, quando agredida, para que a sociedade disponha de serviço público de qualidade.

# OS BANCÁRIOS NÃO VÃO AO PARAÍSO: VITIMIZAÇÃO DE BANCÁRIOS POR CRIMES VIOLENTOS*

Eduardo Paes-Machado**
Ana Márcia Duarte Nascimento***

## INTRODUÇÃO

Após serem ignoradas por longo tempo e, posteriormente, vistas como culpadas pelas teorias da vítima propensa (VON HENTING, 1948) e precipitadora (MENDELSOHN, 1974), as vítimas do crime passaram a ser abordadas por um olhar menos egocentrado ou não reducionista nas duas últimas décadas (MAWBY; WALKLATE, 1994; WALKLATE, 2003).

Superando a abordagem sobre os estilos de vida (HINDELANG; GOTTFREDSON; GAROFALO, 1978), que focaliza a influência das rotinas quotidianas nas chances de vitimização, a concepção dos processos sociais permitiu recontextualizar aspectos relevantes sobre as vítimas de crimes: os aspectos conscientes e inconscientes, os mecanismos geradores e os efeitos, antecipados e não antecipados, que levam os indivíduos a serem rotulados e assumirem o papel de vítimas (GIDDENS, 1984; WALKLATE, 2003). Ainda que esse seja um foco ampliado e em construção, ele apresenta, desde já, duas grandes vantagens.

Em primeiro lugar, analisa as vítimas como sujeitos capazes de filtrar, elaborar e dar respostas diferenciadas à "ferida" do crime e desenvolver ou não a identidade de vítima (GOFFMAN, 1992; ROCK, 2002). Em segundo, e possibilitando uma revisão das antigas teorias culpabilizadoras, leva em consideração os efeitos socioinstitucionais da vitimização, em especial, os modos como as vítimas de crimes são percebidas, tratadas ou responsabilizadas pelas instituições e mecanismos de regulação de riscos.

Por responsabilização entende-se uma forma de regulação institucional que impõe responsabilidades específicas aos indivíduos, relacionadas com a

* Este texto é uma versão revista e ampliada dos artigos publicados na **International Review of Victimology**, (PAES-MACHADO; NASCIMENTO, 2006) e no **Caderno CRH** (PAES-MACHADO, 2006).

** Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (1978), mestrado em Analyse Regionale ET Amenagement de L'Espace – Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) (1981) e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (1992). Especialização e estágios de pós-doutorado em criminologia pelas Universidades de Toronto , Sheffield e Salford. Professor Associado II do Departamento de Sociologia da UFBA, com atuação nas pós-graduações de Saúde Coletiva, Ciências Sociais e Administração na mesma universidade, e professor visitante da Universidade de Toronto.

*** Possui graduação em Terapia Ocupacional pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, Especialização em Saúde do Trabalhador, Mestrado em Saúde Comunitária pela Universidade Federal da Bahia/Instituto de Saúde Coletiva. Atualmente é professora assistente da Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública.

sua própria conduta ou com a conduta de outros sujeitos a eles subordinados (HUNT, 2003). A responsabilização estabelece normas a partir das quais certos indivíduos, grupos ou instituições podem se auto-avaliar ou terem suas condutas avaliadas por terceiros, independente deles aceitarem ou não a responsabilidade que lhes é atribuída (BAKER, 2002).

Nessa linha, a diferença entre o paradigma da responsabilidade, centrado no senso de prudência dos indivíduos, chamados a responder por tudo que lhes possa suceder, e o paradigma da socialização do risco, voltado para as obrigações da sociedade ou do Estado para com aqueles (EWALD, 2002), mostra como a predominância do primeiro paradigma em certos contextos, como o brasileiro, pode dificultar a compreensão e solidariedade com as vítimas.

A revisão da vasta literatura acerca de roubos a bancos evidencia que os estudos estão mais voltados para os infratores do que para as vítimas (MATTHEWS, 2002), adotando a teoria da vítima precipitadora ou que contribui para o seu próprio sofrimento (CONKLIN, 1972; GAGNON; LEBLANC, 1984; LETKEMANN, 1973). Ainda que esse caráter precipitador seja relacionado à disposição para cooperar ou resistir aos assaltantes, ele emerge como um atributo objetivo dos sujeitos – possuírem ou não a propriedades dos valores ou bens roubados – e afasta a possibilidade de pensar em outras dimensões sociais da vitimização.

Ao tratar da organização das quadrilhas de assaltantes de banco, Einstadter (1966) chamou atenção para o tratamento violento e, ao mesmo tempo, impessoal que é dado aos funcionários pelos assaltantes, que os vêem apenas como obstáculos a serem neutralizados ou removidos, sem se estender sobre as dimensões interativas e efeitos desses eventos para os empregados.

Em contraste com os estudos sobre roubos a bancos, a literatura sobre sequestros avança na compreensão das formas e impactos da vitimização. Seja por conta da importância deles para governos, empresas e particulares ricos, seja por conta da natureza altamente emocional destes desses eventos (BRIGGS, 2001), esses estudos têm contemplado aspectos como a ambivalência dos laços entre sequestradores e sequestrados, e os impactos daqueles para a subjetividade das pessoas, as atitudes diante da vida, delas mesmas e do trabalho (ALIX, 1978; BRIGGS, 2001; JENKINS, 1985).

O presente trabalho investiga os tipos, formas e efeitos das interações entre bancários e assaltantes/sequestradores, chamando atenção para os processos sociais que estruturam e tornam rotineira a vitimização desses atores. Nós argumentamos que esses processos sociais, que incluem as práticas de responsabilização organizacional e social dos funcionários, são de fundamental importância para entender as formas assumidas pela identificação (e auto-identificação) dos

trabalhadores como vítimas de crimes. Afirmamos ainda que os sequestros de bancários que acontecem fora dos locais de trabalho, mas visando o roubo de dinheiro transacionado nesses locais, desafia e demanda correções na noção de violência relacionada ao trabalho como algo apenas interno ao ambiente de trabalho[1].

## 1 - MÉTODO

Enquanto a maior parte dos estudos de vitimização pelo crime estuda os impactos diferenciados de distintos delitos sobre as vítimas, este trabalho enfoca esses impactos a partir da dinâmica combinada de roubos a bancos e extorsões mediante sequestros de bancários visando o dinheiro dessas instituições financeiras. Conquanto esse recorte diversificado pareça arriscado, ele está mais de acordo com os pontos de vista dos atores que conformam o chamado quadrilátero do crime – infratores, vítimas, opinião pública e sistema de justiça criminal (LEA, 2002). Em outros termos, embora nossos sujeitos tenham sido atingidos por crimes específicos (roubos a bancos e sequestros), que são tratados separadamente pelo código penal, pela literatura especializada e pelo senso comum, esses crimes estão ligados na percepção dos criminosos, das vítimas, da polícia e da mídia. É assim que, em lugar de estudá-los como tipos discretos, decidimos analisá-los no conjunto das suas repercussões sobre a ocupação e identidade bancárias.

Para desenvolver este estudo, empregamos técnicas como visitas a agências e entrevistas em profundidade com 42 pessoas, incluindo 18 bancários vitimizados, 3 cônjuges, 7 funcionários do setor de segurança do banco, 6 funcionários do setor de saúde do banco, 6 representantes do sindicato dos bancários, 1 representante do sindicato dos bancos e 1 policial. Afora estes sete representantes sindicais, todos os demais entrevistados estavam associados a um dos maiores bancos brasileiros, cujo nome será mantido, por razões óbvias, em sigilo.

Dezessete dos dezoito funcionários entrevistados eram do sexo masculino, o que se explica pelo fato de haver poucas mulheres no topo da hierarquia organizacional e, portanto, entre as posições mais visadas: a gerência e a tesouraria que controlam as chaves e senhas de acesso às agências e cofres. As idades variavam entre 34 e 51 anos. Dez possuíam curso superior, oito tinham o segundo grau completo e todos, salvo dois bancários, eram casados. O tempo

1 Ainda na perspectiva de focalizar o ponto de vista das vítimas, o conceito de violência relacionada ao trabalho, entendida como as agressões físicas, morais e psicológicas sofridas no ambiente de trabalho ou em circunstâncias ligadas a este (LEATHER *et al*., 1999; NIOSH, 1996), tem a vantagem de possibilitar maior aproximação dos sujeitos e poder apreender definições de situação e interações que poderiam ficar fora da lente do observador. A amplitude do conceito de violência relacionada ao trabalho (WADDINGTON; BADGER; BULL, 2005), entretanto, requer a utilização de molduras complementares de análise, como: o caráter interacional da vitimização, as práticas de responsabilização e a carreira moral das vítimas.

de serviço deles variou entre 15 e 30 anos. No momento da última vitimização, doze eram gerentes, dois trabalhavam como tesoureiros, três eram caixas executivos e apenas um era escriturário. Entre os cônjuges, casados com gerentes de agências bancárias, um era do sexo feminino e o outro, do sexo masculino. Um deles era comerciante e o outro se ocupava de atividades do lar, com idades de 35 e 36 anos.

Todos os 18 bancários foram vítimas de crimes bancários violentos como os já citados antes: onze vivenciaram roubos a bancos, três foram sequestrados para facilitar esses roubos e quatro foram sequestrados com a finalidade de extorsão. Onze bancários foram vitimizados mais de uma vez, sendo que um deles chegou a vivenciar nove roubos em várias agências. Oito dos dezoito funcionários foram feitos reféns com seus respectivos familiares. Um dos cônjuges foi vítima de sequestro com os dois filhos, enquanto o outro sofreu dois e três ameaças num período de dois anos. Todos os dezoito funcionários sofreram agressões psicológicas, e cinco vivenciaram agressões físicas, ao tempo que treze declararam ter desenvolvido traumas e alterações da vida cotidiana. Quanto à distribuição regional dos eventos, 12 ocorreram em cidades do interior do estado e quatro, na capital, sendo que todos os seqüestros ocorridos eram no interior.

Essas pessoas foram selecionadas a partir de contatos prévios de um dos pesquisadores, que foi funcionário do banco durante mais de dez anos, e indicações do Sindicato dos Bancários do Estado da Bahia, tendo em vista as funções exercidas, experiências de vitimização e disposição para cooperar com o estudo.

Além das entrevistas, que duraram de duas a seis horas, foram utilizados dados de 30 relatórios de avaliação psicológica de vítimas, 236 matérias jornalísticas publicadas no jornal **A Tarde**, de Salvador, entre janeiro de 1999 e dezembro de 2002, boletins do Sindicato dos Bancários da Bahia e o relatório anual da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN).

Para diferenciar nossas entrevistas dos relatos feitos pelos empregados ao serviço de saúde do banco, nós empregamos dois tipos de notações: um pseudônimo abreviado, seguido pela idade e função, para os entrevistados e apenas o pseudônimo e a data de ocorrência do evento criminal para os registros do serviço de saúde bancário.

## 2 - CRIMES BANCÁRIOS VIOLENTOS

Os crimes bancários violentos incluem tanto os roubos, os roubos e as extorsões mediante sequestros, que constituem o foco deste artigo, como os arrombamentos de agências e terminais de saque, e roubos de terminais de saque que, apesar da sua crescente importância, não serão tratados aqui.

Ao contrário de outros países das Américas, como os Estados Unidos, onde os roubos a bancos (KIRCHNER, 2000) e sequestros, com diferentes objetivos (ALIX, 1978; GALLAGHER, 1985), têm quase dois séculos de história, esses crimes são relativamente recentes no Brasil.

Os roubos a bancos começaram nos anos 60, aumentando nos anos 70, pelas ações de criminosos comuns e organizações de guerrilha urbana, e apresentando um crescimento dramático nas décadas de 80 e 90, por conta da formação e consolidação de organizações criminosas (AMORIM, 2004; LIMA, 2001). Os sequestros, por sua vez, que começaram a ser praticados em pequena escala nos anos 50 e posteriormente se expandiram, na primeira metade da década de 70, por iniciativa de guerrilheiros urbanos, passaram a integrar o repertório de grupos criminosos no final dos anos 80 e na década de 90[2] (AMORIM, 2004; GABEIRA, 1979; JENKINS, 1985; LIMA, 2001; MALLAN, 1995), quando, ao lado dos roubos a bancos, se converteram em verdadeiras ondas de crime (SACCO, 2003).

Tais ondas de crime, no entanto, apresentam variações entre os estados brasileiros, levando a que a região mais desenvolvida do Sudeste ocupe uma posição de vanguarda com respeito ao Nordeste e demais áreas do país. No caso da onda de roubos a bancos, por exemplo, esta, que se iniciou no Sudeste, no princípio dos anos 80, demorou quase dez anos para atingir o Nordeste, quando os grupos criminosos da primeira região substituíram parcialmente esse tipo de crime pelo tráfico de drogas (AMORIM, 2004), ou mesmo deslocaram suas atividades contra as instituições financeiras para outras áreas do país.

Enquanto os assaltos de banco nos Estados Unidos[3], Canadá e Reino Unido se tornaram uma atividade de amadores grosseiros e desesperados, na maior parte perdedores de jogos de azar (DESROCHES, 1996; KIRCHNER, 2000; MATTHEWS, 2002), por causa da pressão policial, aumento da segurança dos bancos e surgimento de novas oportunidades para o crime – como o mercado de drogas ilícitas –, em várias regiões do Brasil, como o Nordeste, eles são cometidos por quadrilhas com diferentes graus de profissionalismo[4] e organização (MATTHEWS, 2002; SHEPTYCKI; WARDAK, 2005). Efetivamente, tal como se vê em episódios reportados pela mídia e confirmados por fontes policiais, certas características desses grupos são parecidas com as do empreendimen-

2 Essa aprendizagem aconteceu, em grande parte, nas prisões brasileiras, durante os anos 70, quando o regime militar vigente, apoiado por potências ocidentais, colocou presos comuns junto com presos políticos. Estes, por sua vez, buscando politizar os segundos, contribuíram para que estes aprendessem a planejar assaltos e sequestros, que eram realizados no período para obter recursos para as organizações e negociar a libertação dos presos políticos, respectivamente (LIMA, 2001).

3 Nos Estados Unidos, um banco é roubado ou arrombado a cada 45 minutos (KIRCHNER, 2000).

4 Enquanto a noção criminológica de profissionalismo aplicada aos assaltantes de bancos enfatiza a habilidade, conhecimentos e alto grau de envolvimento com o crime (DESROCHES, 1996), os bancários entrevistados distinguiram o profissional pelo padrão de polidez no trato com eles.

to violento (PAES-MACHADO, 2006; VOLKOV, 2002), como a conversão da força em mercadoria e a promiscuidade entre atores privados e públicos[5], legais e ilegais. Os elevados montantes de dinheiro aportados por essas ações, por sua vez, despertam a cobiça e atraem membros de outras categorias da sociedade, em particular, membros do sistema de justiça criminal. Em certos casos, mesmo que estes últimos não participem das atividades das quadrilhas, eles buscam se apropriar, dentro do intricado labirinto existente entre a polícia, a vítima e o infrator (AMORIM, 2004), do dinheiro roubado por aquelas, o que acaba estimulando esse tipo de crime e as execuções sumárias de assaltantes.

Afora a debilidade do sistema legal, jurídico e policial (BRIGGS, 2001), a segurança dos bancos brasileiros é minada por outros fatores, como a disponibilidade crescente de grandes volumes de dinheiro em circulação nas agências. Em contraste com os bancos daqueles países, que vêm, nas últimas duas décadas, implementando medidas fundadas na redução do numerário disponível e elevação dos gastos com novas tecnologias de segurança, os bancos brasileiros não têm revelado a mesma preocupação. No caso do banco aqui estudado, embora este venha investindo muito em equipamentos de segurança, esta ainda é considerada insuficiente e arcaica. Não é de estranhar, portanto, que os ganhos financeiros médios das quadrilhas que roubaram esse banco alcançaram US$ 32,000 por assalto e US$ 67,000 por sequestro, no ano de 2006, enquanto nos Estados Unidos eles não ultrapassaram alguns poucos milhares de dólares (KIRCHNER, 2000). O volume dos ganhos obtidos pelas quadrilhas brasileiras, contudo, constituiu aproximadamente 0,3% dos lucros do banco aqui analisado, em 2006.

Estimulados por tamanhas oportunidades favoráveis, essas quadrilhas apresentam uma divisão de trabalho parecida com a dos grupos internacionais do ramo (BAUMER; CARRINGTON, 1986; CONKLIN, 1972; DESROCHES, 1996; KIRCHNER, 2000; LETKEMANN, 1973). A divisão de funções agrega os responsáveis pelo planejamento, administração e controle das operações e aqueles que se dedicam a execução do roubo, incluindo pessoas contratadas para buscar (*olheiros*) e fornecer informações (*canais*), conseguir e conduzir carros, alugar imóveis e outras tarefas de apoio[6]. A terceirização está, como em todos os ramos da economia, muito difundida, facilitando o recrutamento de pessoas de outros estados da federação e contribuindo para preservar o anonimato dos membros das quadrilhas. Estas, por sua vez, têm um raio geográfico de ação que pode abarcar vários estados e regiões do país.

5 Ver, por exemplo, a matéria Ex-policial comandava quadrilha que assaltou banco em hospital (1999).

6 Em contraste com assaltantes de bancos americanos, na maior parte negros (BAUMER; CARRINGTON, 1986), os assaltantes de bancos da Bahia foram retratados como brancos ou de pele clara. Quanto ao sexo, 94% dos assaltantes, entre o final de 2004 e durante o ano de 2005, eram homens (BAHIA, 2005).

Os roubos a bancos, também denominados de *vapor* pelos infratores, se caracterizam como interações rápidas, forçadas ou violentas (KATZ, 1988), mediante o uso ou ameaça de uso de armas de fogo contra guardiões, empregados e outras pessoas, visando a lograr a cooperação e garantir o sucesso da operação. Nessas ações, que envolvem de 2 a 20 assaltantes e não ultrapassam 30 minutos, enquanto uma parte do grupo invade a agência bancária, exigindo o dinheiro dos caixas e do cofre, a outra parte controla a movimentação do lado de fora do banco e aguarda o momento do grupo empreender a fuga. Os infratores usam máscaras quando são conhecidos da polícia e de terceiros. Eles, de modo geral, tiram proveito das falhas da segurança, mapeadas antes, forçam ou se valem de ardis para entrar na agência e quase sempre saem de cena com reféns. A fuga é um dos momentos de maior tensão, pois é quando aumenta a probabilidade de confronto com policiais. Em algumas situações, os infratores formam corredores humanos com os reféns, em volta das agências, como um modo de neutralizar a polícia.

Os assaltos de bancos têm características espetaculares em pequenas cidades do interior, onde a fraca presença de contingentes policiais é um convite para assaltantes, vindos de outras regiões ou de outros estados do país, roubarem, controlaram o espaço urbano e subverterem a ordem pública. Daí também que nessas cidades aconteçam situações, onde os grupos criminosos, ao modo do Velho Oeste, ampliam suas ações (*garimpagem*), cortando fios telefônicos, invadindo delegacias de polícia, desarmando e prendendo policiais, roubando lojas e assustando a população.

Ainda que os sequestros de bancários, visando assaltos ou extorsões, aconteçam nas grandes cidades, como parte de uma indústria nacional de tomada de reféns, que é a terceira colocada no mundo (BRIGGS, 2001; CALDEIRA, 1997), eles são mais comuns em cidades do interior, onde, afora a precariedade do policiamento, o trabalhador reside mais próximo do ambiente de trabalho e pode ter suas rotinas mais facilmente mapeadas.

Os assaltos e extorsões mediante sequestros, conhecidos por *sapatinhas*, são um desdobramento dos assaltos e visam reduzir o risco de confronto com a polícia (MORRISON; O'DONNELL, 1997) e maximizar, por envolver menos pessoas, o retorno financeiro individual dos infratores. Os assaltos mediante sequestros começam fora das agências, pela tomada de reféns entre bancários e pessoas vinculadas a estes que disponham das chaves ou das senhas para abertura dos cofres. As etapas do sequestro, cuja duração pode variar entre 12 e 24 horas, envolvem a tomada de reféns e estabelecimento de exigências a serem cumpridas pelo bancário. Após invadir, à noite ou de madrugada, o domicílio do bancário, os criminosos mantêm os familiares em casa ou levam estes para um cativeiro situado, na maior parte das vezes, em locais desérticos nas margens das

estradas. O bancário fica em seu domicílio sob vigilância até o início da manhã seguinte, quando, acompanhado por uma parte da quadrilha, vai até a agência e facilita a ação dos criminosos por meio da abertura das portas, desarmamento dos vigilantes e abertura do cofre.

As extorsões mediante sequestros podem envolver ou não o acompanhamento dos bancários até as agências pelos infratores. A decisão destes acompanharem ou não o bancário até a agência é fruto de uma avaliação da disposição de cooperação do funcionário. Quando resolvem acompanhar o bancário, os infratores não chegam a adentrar as agências, se posicionando em pontos estratégicos no entorno destas para observar e pressionar.

Comparando as duas modalidades de extorsão mediante sequestro, o acompanhamento do refém parece mais eficaz do que o não acompanhamento (OLIVEIRA, 2002). Uma explicação para isso é que bancários desacompanhados relutam em ferir os regulamentos da empresa e tirar dinheiro do banco para pagamento de resgate. A outra explicação é que a relutância seria mais dos outros funcionários que, ao perceberem a intenção do bancário pressionado, buscam evitar que a vítima subtraia dinheiro do banco. Nesse sentido, um dos nossos sujeitos entrevistados lembrou que um gerente chamou a polícia mesmo sabendo que sua esposa e sua filha corriam perigo nas mãos da quadrilha.

Uma variação teatral desse roteiro acontece quando são tomados reféns errados, que não dispõem das chaves ou senha de abertura do cofre. Ao lado do aspecto cômico, equívocos como esse podem ter desfechos desastrosos para os envolvidos, incluindo os alvos verdadeiros, por causa da frustração que provocam nos assaltantes. Em duas ocorrências mencionadas, no entanto, os infratores retornaram dias depois (*repique*) para concretizar o sequestro envolvendo o alvo correto.

## 3 - AS CIFRAS DOS CRIMES

Apesar do crescimento da importância dos roubos a banco – a atividade mais lucrativa da economia brasileira[7], em várias regiões do país –, faltam informações que permitam caracterizá-los com maior precisão (AQUINO, 2004; NASCIMENTO, 2003). Isso também vale para a Bahia, onde os dados nem sempre são acessíveis e satisfatórios[8].

As complicações decorrem da sub-notificação de ocorrências pelos bancos, sobretudo das instituições privadas, para proteger sua imagem, e da dificul-

7 O setor bancário teve um lucro de mais de 1000% nos últimos dez anos, tendo superado, pela primeira vez, em 2003, a lucratividade dos bancos americanos (LUCROS..., 2004; MATTOS, 2004).

8 Enquanto na grande Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, aconteceram, entre 1998 e 2001, 425 assaltos de bancos (http://www.seebh.org.br), na cidade de São Paulo, somente no ano de 2001, houve 237 sequestros de tesoureiros e gerentes de bancos (http://www.estado.estadao.com.br).

dade da polícia para responder, de modo firme e articulado, à dinâmica de um tipo de crime que, tendo começado na capital no final dos anos 80, alcançou o interior do estado no início dos anos 90. Outrossim, a forma como os crimes bancários violentos é reportada não distingue os roubos de bancos simples dos roubos e extorsões mediante sequestros, assim como não permite precisar o número de pessoas mortas nesses eventos (BAHIA, 2005).

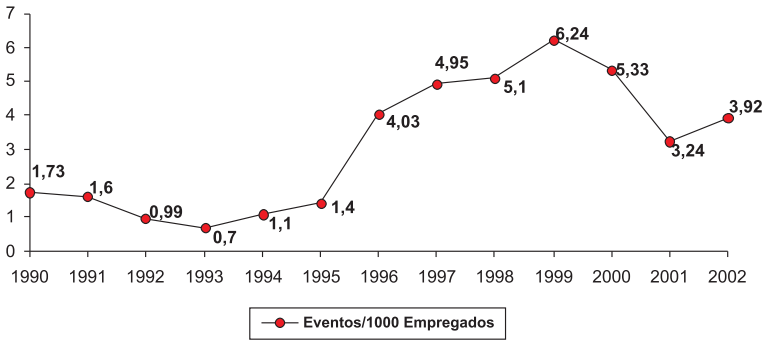


**Gráfico 1 – Roubos a bancos na Bahia (1990-/2002).**
Fonte: BAHIA, 2005.

Tendo em vista essas limitações, a taxa de roubos (número de roubos por número de empregados) entre 1990 e 2002 foi maior na segunda metade dos anos 90 (1996-2000) do que na primeira metade da mesma década, apontando para um declínio entre 2000 e 2001 e uma pequena retomada em 2002 (Gráfico 1).

Se os dados oficiais não desagregam as distintas modalidades de roubos a bancos, uma pesquisa com 236 matérias publicadas no jornal **A Tarde**, que divulgou apenas uma parte dos crimes, revelou que, de 255 casos reportados entre 1999 e 2002, 88% foram assaltos simples, 10%, assaltos mediante sequestros e 2%, extorsões por meio de sequestros. Em outros termos, enquanto o número de roubos a bancos caiu, os percentuais dos outros crimes bancários aumentaram na mesma fase (Gráfico 2).

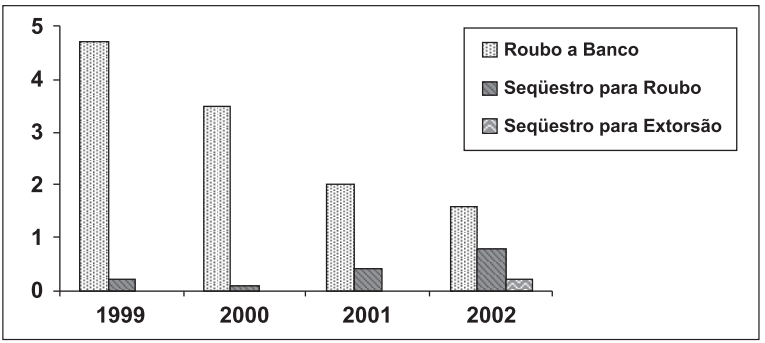

**Gráfico 2 – Tipos de roubos a bancos na Bahia (1999/-2002).**
Fonte: Jornal A Tarde (1999-2002).

Com respeito à distribuição espacial do crime, as mesmas matérias jornalísticas mostram que a queda do número de roubos a bancos, entre 1999 e 2002, em Salvador, foi muito maior que a queda verificada nas cidades do interior, no mesmo período (Gráfico 3).

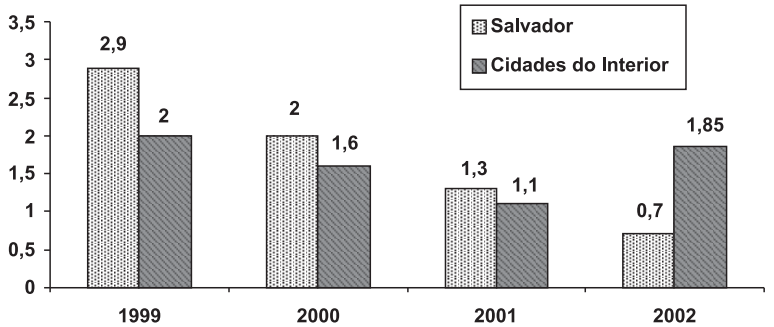


**Gráfico 3 – Distribuição geográfica dos roubos a bancos na Bahia (1999-2002).**
Fonte: Jornal A Tarde (1999-2002).

Quanto à vitimização fatal, a fonte jornalística consultada reporta um total de 46 mortos ou uma média de 11,5 óbitos por ano, para o mesmo período de 1999 a 2002. Confirmando um padrão observado nos assaltos de ônibus (PAES-MACHADO; LEVENSTEIN, 2004), a vitimização fatal dos empregados das empresas foi muito menor (4,4%) do que a dos infratores (32,6%) e dos policiais e vigilantes (32,6%), e um pouco menor do que a dos clientes e espectadores que perderam suas vidas durante eventos (6,5%). Além disso, o jornal não esclareceu a identidade de 23,9% das vítimas de homicídios ocorridos nas circunstâncias dos eventos.

A maior parte dessas mortes esteve relacionada aos assaltos simples e assaltos através de sequestros, não havendo referência a casos de morte nas extorsões mediante sequestros. O fato dos empregados não serem o verdadeiro alvo[9], constituindo apenas um meio para atingir o dinheiro do banco, reduz o risco de resistência na mesma proporção em que reduz o risco de danos a eles (CONKLIN, 1972; GAGNON; LEBLANC, 1984; KATZ, 1988; KIRCHNER, 2000; MATTHEWS, 2002; NORMANDEAU; PINSONNEAULT, 1985).

Quanto ao número mais elevado de mortos entre assaltantes, policiais e vigilantes, ele pode ser atribuído a confrontos, nas fugas e perseguições, e exe-

9 Enquanto algumas quadrilhas fazem questão de não tocar nos pertences pessoais de funcionários e clientes, outros grupos, considerados menos profissionais, não agem do mesmo modo.

cuções cometidas por essas categorias (PAES-MACHADO; LEVENSTEIN, 2004).

De modo geral, a queda do número de roubos a bancos – por causa da criação, em 2004, de uma força tarefa estadual, da ação mais enérgica da Polícia Federal e da melhoria da segurança bancária –, com respeito aos níveis atingidos entre os anos de 1996 e 2000, vem sendo acompanhada por uma diversificação das modalidades de crime, concentração nos centros urbanos menores, escolha de agências mais vulneráveis e implementação de novas estratégias de gerenciamento das vítimas (*victim management*) (LETKEMANN, 1973) por parte das quadrilhas criminosas.

## 4 AMEAÇAS AOS FUNCIONÁRIOS

Embora nos roubos a bancos os assaltantes cometam agressões verbais e físicas contra os bancários, a exemplo de xingamentos, gestos bruscos, empurrões, puxões de cabelo, socos e coronhadas[10], a forma mais comum de agressão é a ameaça de morte (CONKLIN, 1972; GAGNON; LE BLANC, 1984; KATZ, 1988; WIGHT; DECKER, 1997). Presente em muitos tipos de assaltos, para evitar a resistência das vítimas, esse tipo de ameaça abala a segurança ontológica (BAUMAN, 2000) e as relações de confiança dos bancários com os colegas e familiares.

Nesse sentido, muitas narrativas dos bancários sobre seus encontros com os assaltantes falam do temor da mortalidade iminente, do medo da aniquilação física (PAES-MACHADO; LEVENSTEIN, 2004) ou de um momento temporal percebido como irreversível e infinito:

> Estar diante de uma arma daquela, apontada para gente é ver a morte, sentir que pode realmente morrer ou que se está morrendo um pouco só em passar por aquilo [...]. Nem dá tempo da gente pensar no estrago que aquelas armas podem causar, mas o medo toma conta do corpo da gente, naqueles minutos eternos tudo pode acontecer (D. E., bancário, 24 jan. 2001).

10 Conforme estas duas citações: "Eles me perguntaram 'cadê o gerente', o gerente ainda não tinha chegado. Eles não acreditaram, acharam que eu estava mentindo. Depois acharam que eu era o gerente e começaram a bater. Fui jogado no chão. Levei chutes na região do tórax e na cabeça perto do ouvido. Fiquei com o rosto inchado. Mas a dor maior é a humilhação que a gente passa" (M., 44 anos, bancário); "Enquanto eles me mantinham na sala com arma apontada para minha nuca, trouxeram minha filha e minha mulher puxadas pelo cabelo e com empurrões. A gente tem que ter controle porque reagir é pior" (G. E., bancário, 5 jul. 2001).

> Naquele momento parece que eu morri um pouco. O tempo parou e eu pensava, tomara que tudo acabe logo para eu saber se estou vivo (G. M., 42 anos, bancário).

As narrativas sobre a ameaça não verbal representada pelas armas são semelhantes às narrativas sobre as ameaças verbais que, ainda que possam ser formuladas de modo gentil, definem o lugar do assaltante como aquele que possui poder para forçar o empregado a facilitar a consecução da meta de levar o dinheiro do banco: "Eles entraram e disseram: 'a gente não quer fazer nada com vocês, colaborem porque tem gente aqui que fica doido para atirar e a gente não pode controlar a ira dele' e apontavam para um sujeito mal encarado com arma na mão" (A. O., 46 anos, bancário).

O poder das ameaças obriga as vítimas a obedecerem aos assaltantes sem as mesmas preocupações adotadas na vida cotidiana. Dentro do que chamaremos representação despedaçada do eu, para distinguir das representações normais estudadas por Goffman (1975), as pessoas mudam abruptamente seus padrões de conduta, perdendo o controle sobre as definições das situações, seguindo cursos de ação imprevisíveis e incorrendo na desaprovação dos pares. Outrossim, a ameaça leva ao primado da sobrevivência pessoal acima dos laços sociais do grupo de trabalho na agência bancária: "Pulei da janela do segundo andar do prédio quando percebi que a agência estava sendo assaltada. Meus colegas me recriminaram, mas eu não me controlei, não quis passar por tudo de novo" (D. B., bancário, 16 jan. 2002).

As fugas de gerentes no momento dos assaltos apresentam implicações mais graves, sobretudo nos casos em que eles levam as chaves da agência (Carla, 50 anos), frustando as quadrilhas e expondo os colegas às retaliações destas. Ao tempo que o ato de fuga compromete a expectativa sobre o superior hierárquico, de que este zele pelos seus subordinados, ele tipifica uma covardia extrema e desabonadora da imagem do gerente.

A pressão psicológica sobre as vítimas é mais intensa durante os assaltos e extorsões mediante sequestros (BRIGGS, 2001). Nessas ações e ao lado da ameaça da violência física, há quadrilhas que utilizam ardis parecidos, na sua ambivalência, aos de um roteiro teatral. Enquanto um dos membros da quadrilha faz-se passar pelo ator mau, *miseravão*, aquele que tem a constante intenção de agredir ou atentar contra a vida das vítimas, o outro age como apaziguador e protetor das mesmas. Esse artifício tem efeito psicológico eficiente: ao tempo que a vítima teme ser hostilizada fisicamente, ela também cria a confiança em seu defensor, que normalmente tem o poder de interferir, pois, via de regra, é o chefe da quadrilha

A tensão e o medo causados pela incerteza sobre o desfecho desses eventos (GARCÍA MÁRQUEZ, 1996; KATZ, 1988; RICHARDSON, 1985) são exacerbados quando os incidentes incluem parentes aprisionados na mesma armadilha: "Eles tinham várias AR -15 apontadas para meu filho e no chão do carro tinham granadas espalhadas e eles ameaçavam de fazer explodir tudo se eu não colaborasse. Pensei que não ia aguentar, mas eu tinha que aguentar" (H. N., 42 anos, bancário).

Conquanto não haja registro, no Brasil, de mortes de reféns nesses tipos específicos de sequestro, as ameaças associadas a estes aprofundam o chamado medo altruístico pela segurança dos familiares (KENNEDY; SACCO, 1998). Daí que elas tenham um efeito devastador sobre o moral, desencadeando sentimentos misturados de humilhação e impotência por expor a família ou não ser capaz de protegê-la, conforme a citação anterior e a que se segue: "Minha mulher foi ameaçada de morte. Meu filho de onze anos estava na minha frente em poder deles com uma arma apontada para a cabeça dele e diziam: 'se você tem amor à família trate de facilitar o trabalho da gente'" (M. C., 42 anos, bancário).

Esses sentimentos também se estendem aos cônjuges e filhos, aos quais os sequestradores pedem cooperação, enquanto comunicam o papel central do bancário no sucesso da operação e no cuidado para evitar danos contra eles, de acordo com a seguinte declaração:

> Eles chegaram com uma máscara de monstro, invadiram a casa e vigiaram [revistaram] todos os cômodos da casa. Abriram os armários, desarrumaram tudo e depois disseram que era para a gente ficar calma, que só aconteceria algo de ruim se o meu marido não colaborasse com o que eles queriam (G. L., cônjuge, 25 abr. 2001).

A utilização de expedientes truculentos por parte das quadrilhas, como porte de máscaras grotescas, invasão da privacidade dos domicílios – vasculhando e utilizando os objetos da família – e até a colocação de explosivos amarrados aos corpos das vítimas, não deve nos levar a simplificar a interação aqui discutida. Efetivamente, ao lado desses recursos, muitos infratores portam-se como profissionais frios e educados, como parte de uma arte esmerada da violência que, evitando demonstrações expressivas e gratuitas, objetiva atingir os pontos frágeis, relaxar defesas e mobilizar a cooperação dos empregados e seus familiares[11].

11 Para evitar a perda completa do controle emocional por parte das vítimas, há situações onde os "sequestradores chegaram a pedir que retirassem as crianças da sala para não causar trauma, que eles também tinham filhos e não queriam prejudicá-las" (C. A., 34 anos, bancária). Em outra situação, pediram que ligassem a televisão "para não mudar a rotina da casa", acrescentando ainda que "a senhora pode assistir sua novela, enquanto conversamos com seu marido" (G. I.,cônjuge).

Os assaltantes/sequestradores utilizam outras técnicas de gerenciamento das vítimas, como a desinformação dos reféns e o acirramento das tensões entre os membros da família, com consequências negativas sobre os relacionamentos familiares, difíceis de serem reparadas:

> Os sequestradores disseram que se acontecesse algo com eles era culpa do bancário, que estava dificultando as coisas. E [um deles] falou para uma criança de 11 anos 'tá vendo aí, seu pai não gosta de vocês, ele estragou tudo, entregou a gente para a polícia e nem pensou no que podia acontecer'[...] (E. J., bancário, 44 anos).

Tal decisão do bancário, de denunciar os infratores e arriscar a vida dos seus familiares, é uma resposta ao dilema moral (e jurídico) vivido por ele e outras vítimas desse tipo de sequestro. Trata-se do dilema entre a lealdade à família, que justifica a retirada não autorizada de dinheiro do banco para o resgate, e a responsabilidade diante o banco, cujas normas interditam essas práticas. Quando confrontados com esses imperativos contraditórios, as atitudes dos bancários se dividem, sem que tenhamos informações que permitam precisar o número de pessoas que escolheu um ou outro curso de ação. Um exemplo dessa última atitude foi dado por um dos nossos entrevistados. Em lugar de recusar cooperação, como o que foi citado antes, ele cedeu às pressões dos sequestradores, ainda que tentando negociar o valor do resgate:

> [...] é difícil você ver bandidos sequestrarem seus filhos, duas crianças e mantê-los em cativeiro com metralhadoras apontadas para eles e ter tranquilidade para atender as recomendações do banco. A pressão é muito grande e não dá para confiar que não vai acontecer nada com eles. Eles [o banco] dizem que não há casos de danos contra familiares, porém como posso ter garantia se vai sair tudo bem? Não dá para confiar. O que eu fiz foi tentar negociar o valor [do resgate] (M. E., bancário, 5 fev. 2001).

Os assaltos e extorsões mediante sequestros levantam três dilemas específicos, ligados à dificuldade de conciliar o emprego e a família, a lógica do banco e os vínculos emocionais, as obrigações públicas e privadas.

O primeiro dilema acontece quando o sequestrado é um gerente que, por nem sempre dispor das chaves e senhas da agência, precisa consegui-las dos seus subordinados, mas teme com isso envolvê-los no ato desautorizado. Segundo, quando um empregado do escalão intermediário, sob ameaça, teme que o gerente, ao vê-lo ou ser informado da aproximação dele, acompanhado por um ou mais criminosos, bloqueie a entrada da agência para evitar a retirada indevida de dinheiro. Terceiro, e também no caso do empregado do escalão intermediário que passou por extorsão, a dúvida é se os seus superiores liberarão o dinheiro para o pagamento do resgate. Para evitar esses problemas, alguns gerentes e tesoureiros preferem agir na surdina, pegando o dinheiro do resgate sem o conhecimento dos seus colegas. Efetivamente, nesses três dilemas, os empregados se preocupam com a difusão da responsabilização entre os colegas, fazendo-os partilhar a culpa ou assumindo uma dívida moral impagável com eles.

## 5 - RESPONSABILIZAÇÃO DAS CONDUTAS

A responsabilização que está incorporada ao conjunto do processo de trabalho bancário (IAFOLLA, 2004), e vem se estendendo ao mundo extra-trabalho, se expressa com força no momento posterior aos crimes, em especial, os seqüestros. Dentro do que foi denominado segunda lesão das vítimas do crime (SYMONDS, 1980), os procedimentos de apuração das responsabilidades (HUNT, 2003; IAFOLLA, 2004) levam os bancários a se perceberem como culpados, dificultando a recuperação dos traumas e a reintegração ao trabalho (FATTAH, 1997).

Com respeito às auditorias internas de investigação dos crimes, os bancários alegam que elas não respeitam a sua subjetividade. Ainda que concordem com a realização dessas auditorias, os bancários reclamam do estilo brusco e invasivo das mesmas, manifestando ressentimento contra o que lhes parece uma violação dos seus direitos e emoções, no momento em que mais precisariam do apoio da empresa:

> Um fato negativo do banco é que no momento em que estávamos todos tensos, logo após o assalto, veio um funcionário para fazer auditoria na tesouraria. A gente se livra dos assaltantes e vem um cara desses [...]. Depois do assalto pressenti que eles estavam nos observando, daí a minha postura foi deixar de trabalhar na tesouraria, entreguei a comissão (A. D., 40 anos, bancário).

> Um dia após o assalto, apareceu na agência um auditor para fiscalizar as medidas de segurança, equipamentos e tomada de decisão da gerência no momento de conflito causado pelo roubo. Eles pareciam que queriam achar falhas para culpar o gerente. Foi um assalto violento, teve morte e eles nem sequer consideraram as questões emocionais da gente. Abriram um processo administrativo contra o gerente e o tesoureiro (H. N., 42 anos, bancário).

*As auditorias são severas em relação aos gerentes que negligenciaram procedimentos de segurança, como o controle das portas de acesso da agência. Eles passam a ser vistos como funcionários arriscados (riskier) e chamados a responder processos administrativos demorados, que representam humilhação e punição para eles* (IAFOLLA, 2004): "[O] gerente está respondendo processo administrativo por causa de outro assalto, devido ao fato de ter deixado a chave da porta alternativa [na agência] e o vigilante abriu-a quando ele chegou com o bandido. Sabendo dessas coisas quem vai querer ser gerente?" (S., bancário, 30 abr. 2001).

A responsabilização das vítimas é maior nos seqüestros do que nos assaltos. O fato de grande parte da interação durante o sequestro ter-se processado de modo privado, fora do alcance e das vistas do público, fragiliza a posição das vítimas, fazendo com que estas não contem com testemunhos ou avalistas para suas narrativas sobre o crime. Como uma resposta a isso e, de modo geral, ao comportamento de ter dado primazia aos vínculos familiares em relação aos interesses do banco, as vítimas de sequestros têm seus passos esquadrinhados pelos auditores dos bancos, seguindo uma linha de interrogação relacionada com: lapsos dos procedimentos de segurança, momento e maneira como o dinheiro foi apropriado pelos infratores e até mesmo as atividades rotineiras de deslocamento entre a casa e o lugar de trabalho.

Os inquéritos, que tanto dificultam a reintegração dos empregados ao trabalho, reforçam um tipo de autoculpabilização semelhante ao de outras vítimas do crime (PAES-MACHADO; LEVENSTEIN, 2004). Trata-se da ideia de co-responsabilidade pelo ilícito, conforme bancários que disseram ter sentido "a sensação de que estavam roubando o banco". Uma reação contra isso é a revolta contra a empresa: "Depois de uma semana [após o assalto] ainda venho trabalhar sem coragem. Fiquei revoltado com o sistema [de auditoria] do banco, saí xingando, esculhambando o banco de tudo que é nome. Não quero mais ficar aqui no banco" (P. E., bancário, 19 fev. 2002).

Essa revolta é aprofundada pela insatisfação com as condições de trabalho criadas pela reestruturação do setor bancário brasileiro nas duas últimas décadas, que significaram congelamento salarial, pagamento por produtividade, intensificação e maior polivalência do trabalho e aumento da responsabilização dos empregados (NASCIMENTO, 2002). Ironicamente, essas mesmas condições de trabalho comprometem o tempo que os funcionários teriam para se preocupar com a segurança das agências, fazendo com que eles sejam, no caso de falhas, mais uma vez responsabilizados.

Os bancários enfrentam novas e maiores tensões quando vão à polícia prestar depoimentos e são chamados a identificar os suspeitos (KENNEDY; SACCO, 1998; MATTHEWS, 2002; SHAPLAND; WILLMORE; DUFF, 1985). Entre a vontade de saber da polícia (e do banco) e as ameaças de retaliação dos criminosos para não serem identificados, os empregados (e seus familiares) preferem ser criticados por omissão e ocultação de informações a desagradar os criminosos[12]: "Os bancários são obrigados a fazerem o reconhecimento, [mas] como forma de se sentirem menos inseguros se negam a realizá-lo" (E. J., 42 anos, bancário).

Quanto à responsabilização financeira, os empregados são penalizados de duas maneiras. Primeiro, a empresa transfere para o indivíduo o ônus causado pela interrupção da atividade produtiva causada pelo crime, descontando o valor dos dias não trabalhados e suspendendo o pagamento de comissões a empregados que se afastaram temporariamente das suas funções[13]. Segundo, a empresa transfere para o conjunto dos empregados da agência assaltada o ônus relacionado com o não cumprimento da meta de produtividade fixada para eles (IAFOLLA, 2004). Isso significa dizer que os empregados deixam de receber valores referentes à participação nos lucros e são obrigados a fazer mais esforço para compensar os resultados financeiros negativos das suas agências bancárias.

Conquanto essas formas de responsabilização adotadas pela empresa pareçam duras, elas são brandas quando comparadas aos demais bancos, nacionais ou estrangeiros, operando no Brasil. Em lugar de prestar atendimento e reintegrar as vítimas, ainda que responsabilizando-as, como o banco aqui estudado, os demais bancos demitem sumariamente os empregados para evitar custos psicoterapêuticos e de perda de produtividade e, provavelmente, para dar um exemplo aos colegas. No caso dos bancos internacionais, esse procedimento dra-

12 Os afastamentos em situações de violência no trabalho bancário são geralmente por tempo curto, não ultrapassando oito dias, porém, em casos de lesões corporais e transtornos mentais graves, o afastamento pode alcançar períodos longos, chegando à aposentadoria precoce por invalidez.

13 Segundo a seguinte declaração: No dia seguinte [ao assalto], os assaltantes ligaram para mim e para minha esposa ameaçando para que a gente não identificasse ninguém e [que] se [um deles] fosse preso tinha outros soltos e que a polícia que prende é a mesma que solta e que eles teriam dinheiro para isso [vingança] (F., bancário, 25 abr. 2001).

coniano confirma a adoção do chamado duplo padrão (CASTLEMAN, 1985). Esses bancos, que são obrigados a respeitar os direitos dos seus empregados vitimizados nos seus países-sedes, não vêem atuando desse modo em países como o Brasil, onde faltam leis e políticas de proteção e compensação de vítimas.

Vale dizer que a legislação previdenciária brasileira reforça, direta ou indiretamente, a responsabilização que recai sobre o trabalhador. Embora tenha estendido a caracterização de acidente de trabalho a algumas situações que envolvem atos de violência contra o trabalhador, essa legislação ainda é reducionista e limitada, o que é agravado pela desinformação das vítimas quanto aos seus próprios direitos. Isso contribui para que o empregador não assuma obrigações diante de eventos dessa natureza, favorecendo ainda mais as atitudes e ações que culpabilizam e responsabilizam o trabalhador (RICCIO-OLIVEIRA, 2006).

## 6 - TRANSTORNOS FAMILIARES

Enquanto os procedimentos de segurança seguidos pelos empregados dos bancos da América do Norte, visando a evitar fraudes e roubos, estão restritos ao processo de trabalho (GABALDÓN, 2004; IAFOLLA, 2004), no Brasil a tecnologia da segurança se estende, por causa do risco de sequestros, às atividades rotineiras, responsabilizando os empregados e comprometendo as suas relações familiares (ALIX, 1978; CONKLIN, 1972; JENKINS, PURNELL; WAINSTEIN, 1985; NORMANDEAU; PINSONNEAULT, 1985; ZEDNER, 1997). Tais alterações estão relacionadas com a dispersão do grupo familiar, ocasionada pelas mudanças de residência, perda de liberdade e redefinição de papéis dos membros da família.

Gerentes e tesoureiros mudam de residência (BURT; KATZ, 1985; JENKINS, PURNELL; WAINSTEIN, 1985), depois de eventos criminosos, quando eles se transferem para outras cidades, por vontade própria ou por orientação do departamento de segurança bancária. Quanto aos seus familiares, estes costumam ir para casa de parentes, aguardando a passagem do período mais tenso e a mudança para um novo endereço, em uma cidade diferente da do(a) empregado(a).

Aqui pode-se verificar a vitimização secundária da família do funcionário de banco atingido por assaltos e sequestros. Tal vitimização secundária e os sentimentos que ela desperta, garantem que a vitimização primária será sentida por mais tempo:

> Depois do sequestro, tivemos que sair da cidade, por que eles [do departamento de segurança do banco] acharam que era mais seguro para a gente. Minha filha chorou

> muito, não queria ir embora, pela escola, os amigos. Ela tem razão, fomos agredidos e tivemos que sair como se estivéssemos fugindo. É muito difícil aceitar essa condição de vida. Já resolvemos que não vamos mais acompanhar meu marido. O banco manda ele para um lado e para o outro. Nós decidimos que é melhor ficar numa cidade grande e pronto. No início vai ser ruim, não me casei para morar longe do meu marido, mas para segurança dos meus filhos tenho que fazer isso, não é? (E. C., 38 anos, cônjuge).

Sentindo-se injustiçada e manifestando revolta pelas perdas sofridas, inclusive o direito ao convívio familiar, a esposa do bancário, tal como outras pessoas entrevistadas, justifica a mudança compulsória de localidade, chamada por ela "fuga", pela necessidade de proteção dos filhos.

A exposição ao risco, contudo, não cessa, mesmo que mudanças de moradia e até de cidade sejam efetuadas. Entendendo que os infratores não visam os bancários, mas o dinheiro do banco (EINSTADTER, 1966), o risco e o medo do crime "acompanham" os funcionários e seus familiares (KENNEDY; SACCO, 1998): "Quando a gente não passa por isso, acha que nunca vai acontecer. Mas quando acontece parece que não vai deixar de acontecer nunca. A gente vive com o medo de aparecer outro ladrão a qualquer momento. Com o tempo melhora, mas não esquece. Acho que não vou esquecer nunca" (A. C., 35 anos, bancária).

Mesmo que os familiares continuem vivendo juntos na mesma casa, as suas vidas são impactadas por medidas de segurança que, em alguns casos, transformam as residências em 'prisões de segurança máxima', como os vizinhos denominaram a casa de um bancário. Do mesmo modo que outras vítimas do crime, as famílias dos empregados gastam mais dinheiro com a compra de armas de fogo, trocas frequentes de carros, aquisição de cão de guarda e outros dispositivos de segurança (ALIX, 1978; JENKINS; PURNELL; WAINSTEIN, 1985; KENNEDY; SACCO, 1998; NORMANDEAU; PINSONNEAULT, 1985; ZEDNER, 1997). Além de pressionarem o orçamento e comprometerem a qualidade de vida, tais medidas individualizadas não parecem suficientes para garantir a segurança. Eles continuam se sentindo ameaçados a despeito de tudo isso: "Depois que a gente passa por uma situação dessas [assalto], adeus tranquilidade. A gente passa a ficar desconfiada com tudo e com todos, parece que toda pessoa estranha passa a ser um suspeito, isso é terrível" (A. C., 34 anos, bancário).

O sentimento de insegurança produz uma crise de identidade acompanhada por agudos sentimentos de perda. Nesse sentido, a casa, cuja velha metáfora representa um ambiente acolhedor e afetivo, deve ser protegida por todos os meios para evitar mais perda de auto-estima.

As famílias intensificaram o controle sobre a conduta dos seus membros, com implicações sobre os papéis de gênero e autoridade. Como exemplos disso, os bancários não andam nem deixam ninguém em casa sozinho. Eles sempre avisam e procuram saber sobre todos os deslocamentos e atrasos dos moradores da casa, reduzem as saídas, controlam os telefonemas dos outros etc.

O significado desse padrão de controle, entretanto, é distinto para homens e mulheres. Expressando a visão masculina, um dos bancários revelou que as perdas provocadas pela redução das saídas à noite e nos finais de semana – principalmente nos domingos, quando há maior incidência de sequestros – foram compensadas por uma maior aproximação com a família: "Antes eu saía muito no final de semana, depois do assalto e do sequestro, fico mais com a minha família. Quando saio, volto mais cedo. Acho que essas coisas fizeram com que eu me aproximasse mais da família" (H. N., 42 anos, bancário).

Tal interpretação não é partilhada pelas mulheres, que reclamam da perda da liberdade causada pelo aumento do poder patriarcal e pela vigilância mútua, fazendo com que elas se sintam – tais como outras vítimas do crime – prisioneiras dentro das suas casas (PAES-MACHADO; NORONHA, 2002):

> Até quando atendo telefone meu marido fica controlando o que eu falo para amigos. Eu sei que ele faz isso para proteger a família, mas é muito ruim se sentir observada, criticada. Ele se preocupa demais e aí a nossa liberdade ficou muito prejudicada e o banco não vê isso (G.L, cônjuge, 25 abr. 2001).
>
> Depois do sequestro tudo ficou mais difícil. Estamos sempre juntos, só saio acompanhada. Minhas filhas só saem comigo e com meu marido. Ficamos a maior parte do tempo em casa, mas não é uma coisa espontânea, chega a ser sufocante. Vigiamos uns aos outros o tempo todo. Acho que não ficamos mais unidos, ficamos com medo. Às vezes acho que somos prisioneiros dentro da nossa própria casa (A. A., 34 anos, bancária).

Ao contrário de contextos onde o medo do crime e a necessidade de segurança são vistas como exageradas (GARLAND, 1996), aqui elas são muito

reais. Entretanto, dado que os sequestros com finalidade de assalto ou extorsão raramente começam pelas crianças, essas precauções podem ser vistas como mais um deslocamento da ansiedade pelos bancários que, não podendo controlar o "objeto" do seu medo, buscam fazer com seus filhos o que a empresa não tem feito por eles.

A compreensão trazida pelas medidas de segurança pós-vitimização muda os papéis parentais. Os bancários aumentaram a vigilância sobre os filhos, co-responsabilizando-os pela segurança familiar e pressionando-os a mudar hábitos sociais, como brincar na casa de amigos ou ir à festas e parques, sem a companhia deles ou de outros adultos (JENKINS; PURNELL; WAINSTEIN, 1985; NORMANDEAU; PINSONNEAULT, 1985). Os professores e vizinhos são orientados a observar e avisar aos pais sobre qualquer movimentação de estranhos em volta da casa e da escola. Por sua vez, as escolas passaram a tomar, também por solicitação das famílias, precauções especiais com os filhos dos bancários, só permitindo que estes saiam acompanhados dos pais, pessoas indicadas por eles ou devidamente identificadas pela direção da escola. Em cidades do interior da Bahia, onde crianças na idade de aproximadamente dez anos costumam ir à escola sozinhas ou acompanhadas por amigos, as novas tecnologias de segurança representam uma limitação dos padrões normais de sociabilidade familiar.

## 7 - ISOLAMENTO SOCIAL

A despeito de conseguir apoio de parentes, amigos e conhecidos, as vítimas enfrentam reações negativas de outras pessoas. Como uma reação em cadeia, as repercussões dos eventos criminosos e os procedimentos de segurança adotados pelos funcionários disseminam o medo nas redes sociais (LURIGIO, 1987), minando as relações de confiança, aumentando o grau de precaução das pessoas e consolidando a imagem dos bancários como um grupo de risco (BAUMAN, 2000; ERICSON; DOYLE, 2003; KENNEDY; SACCO, 1998; ZEDNER, 1997).

Em outros termos, a vitimização produz mudanças nos padrões de relacionamento dos bancários, em razão de buscarem se isolar ou serem, por sua vez, isolados pelas suas redes sociais. Vistos como sujeitos impuros ou contaminados (DOUGLAS, 1966), os funcionários e suas famílias são condenados e isolados, para não "contaminarem" outras pessoas (ERICSON, DOYLE, 2003; PAES-MACHADO, NORONHA, 2002).

Ainda que não tenhamos relatos de integrantes destas dessas redes, as narrativas dos bancários sobre as atitudes dessas pessoas, em relação às suas casas, filhos e a eles próprios, dão uma ideia aproximada do processo de restrição do convívio e segregação (LEA, 2002) vivenciado por eles. Isso pode ser visto

nos casos de empregadas domésticas, muito comuns ainda na Bahia, que não querem mais trabalhar, dormir nas casas ou deixar que seus filhos brinquem com os filhos dos bancários: "A empregada não quer mais ir dormir lá em casa, não leva mais o seu filho para brincar com o meu, com medo de pegarem o filho dela por engano ou porque está na hora" (G. I., cônjuge, D, 25 abr. 2001).

Nessa linha de reação social, os vizinhos também censuram as brincadeiras dos seus filhos com os filhos dos bancários, temendo também que os primeiros sejam confundidos com os segundos e levados por engano pelos sequestradores. Tratando-se de crianças, a atitude dos vizinhos de evitar a relação com elas aumenta o mal-estar dos pais. :

> A minha filha chegou da escola dizendo que os pais de uma coleguinha disseram que não queriam que ela brincasse com a filha do gerente do banco, porque era perigoso. Acho que eles pensam que a qualquer momento a filha pode ser confundida com a filha do gerente e ser apanhada por engano ou levarem junto com a minha filha (M. C., 42 anos, bancário).

Os vizinhos podem ainda usar a jocosidade ou o senso de humor para fazer afirmações sobre o perigo de conviver com gerentes do banco, que podem ser seguidos e sequestrados em qualquer lugar:

> Eu fui num barzinho onde sempre frequentei e ouvi, em tom de piada do dono do bar, que hoje era um perigo ser amigo do gerente ou até mesmo ele frequentar os lugares, como o bar, já que os bandidos seguem e pegam eles em qualquer lugar. [...] Ele falou num tom de brincadeira mas eu sei que no fundo ele tem medo e mandou um recado sem querer ser mal educado (M., 42 anos, bancário).

Esse tipo de jocosidade, sobre a vulnerabilidade dos empregados, é mais um reflexo do processo de restrição das redes sociais em relação aos membros de uma categoria profissional que gozava, até a onda de assaltos de banco, e coincidindo com a reestruturação bancária dos anos 90, de grande solidez e prestígio nos mercados das ocupações e matrimonial.

## 8 - CRISE DA OCUPAÇÃO BANCÁRIA

A vitimização dos empregados tem gerado uma crise da ocupação (BOURDIEU; SAYAD, 1964; HOFF, 2001) bancária que se expressa em sentimentos de falta de adequação, perda de interesse pela carreira e até ocultação da identidade profissional.

Intensificada pelas práticas de responsabilização (HUNT, 2003), a vitimização tem levado os bancários a sentirem que não podem trabalhar como antes, se tornaram inadequados ou não têm mais perspectiva no banco (JENKINS; PURNELL; WAINSTEIN, 1985; KENNEDY; SACCO, 1998; MATTHEWS, 2002). Uma das principais dificuldades é o relacionamento com os clientes. Semelhantes a outros trabalhadores vitimizados do setor de serviços (PAES-MACHADO, LEVENSTEIN, 2004), os empregados traumatizados pelos crimes sentem-se inseguros e temerosos nas suas interações com estranhos que eles suspeitam serem criminosos:

> [...] não sei mais que futuro eu tenho no banco. Acordo duas vezes na noite para ver se a porta está trancada. Não quero mais nem substituir o gerente-tesoureiro. Não sei o que vou fazer. Às vezes acho que não tenho perspectiva como bancário (A. O., 46 anos, bancário).
>
> O banco perdeu um funcionário, pois tenho certeza de que não tenho mais condições de ser o mesmo, nem trabalhar da mesma forma (D. E., 43 anos,bancário, 24 jan. 2001).

Apesar das enormes dificuldades de reinserção no mercado de trabalho regional, 14 bancários entrevistados relatam ter pensado em sair do banco, sendo que 9 deles pensam nisso todos os dias. A perda de identificação com o trabalho bancário, contudo, não é um processo linear, variando desde os pedidos de demissão, passando pelas transferências de agência – das mais perigosas (*hotspots*) para as menos perigosas –, até a recusa de cargos na hierarquia organizacional da empresa.

Ainda que os incentivos financeiros do programa de demissão do banco, visando a reduzir pessoal e cortar custos, estimulem os funcionários mais antigos a deixar a empresa e muitos tenham de fato se demitido nos últimos anos, o projeto de demissão é de difícil viabilidade por causa das limitações do mercado de trabalho. Isso mesmo foi pontuado por um sequestrador que, ao ouvir a vítima comentar que deixaria o banco depois do evento, ironizou: "Não faça isso

não. O desemprego está grande, a gente pode pegar qualquer funcionário e esse não é o último assalto".

A opção mais comum das vítimas é a permanência no trabalho sob a condição, negociada com os familiares e a empresa, de não ocuparem postos-alvo, como gerente e tesoureiro, que os coloquem na mira dos criminosos e os responsabilizem, como vimos antes, perante os colegas e o banco:

> Penso em mudar de profissão, fazer concurso. Já fiz alguns, estou esperando ser chamada, aí eu saio do banco. Me convidaram para exercer a função de subgerente e depois outro convite para gerente em outra cidade, mas eu não aceitei nenhum deles e jamais aceitaria. Não quero colocar a minha família em risco e a mim mesmo (C. A., 36 anos, bancária).

É interessante observar como o medo do crime influencia a hierarquia interna da organização, fazendo os empregados não aceitarem cargos mais altos nas agências bancárias, como a gerência e a tesouraria, os quais, em condições normais, seriam ambicionados por funcionários de qualquer empresa por suas vantagens financeiras e de *status*. Ironicamente, o desinteresse pela ocupação desses cargos pelos indivíduos mais indicados abre espaços para os menos indicados preencherem, mesmo com ressalvas, essas funções: "O assalto soma o lado negativo de substituir o gerente. Sofro por antecipação. Só substituí o gerente por que ninguém mais quis" (C. H., 42 anos, bancário).

Tal postura de renúncia é mais comum nos primeiros meses que se sucedem à interação violenta, cedendo lugar, com o passar do tempo (LEATHER, 1999) e a não ocorrência de novas vitimizações, à uma postura de acomodação:

> [...] com o passar do tempo as coisas vão se acomodando e a gente vai buscando alternativas para se manter no banco. Antes, eu tinha uma ideia fixa de jogar tudo para o alto, aos poucos isso foi se diluindo. Afinal de contas lá fora tá difícil e a gente vai melhorando do choque. Tentando esquecer e tocar a vida para frente. A gente tem família e sair do banco pesa (H. A., 42 anos, bancário).

A acomodação, entretanto, não é uma solução para a crise da ocupação bancária. O peso da responsabilização e a falta de preocupação com as vítimas dos eventos, pelo menos até a criação de um programa de atendimento, em

2000, podem ser associados a uma gama de sintomas, como distúrbios de sono, sensação de desmaio no local de trabalho, hipertensão etc. (NASCIMENTO, 2003). Estes Esses sintomas têm provocado afastamentos demorados de funcionários, que sofrem ainda mais por se sentirem inadaptados ao trabalho ou pacientes de terapias psicológicas.

Quanto às pessoas que continuam a ocupar, apesar desses sintomas, posições- chave no banco, elas têm adotado medidas extremas de segurança, como a ocultação da própria ocupação, para neutralizar a ação dos informantes dos grupos criminosos (*olheiros*)[14]. Ironicamente, o sigilo pessoal e familiar sobre a ocupação, o local de trabalho e as atividades rotineiras em relação aos estranhos (JENKINS; PURNELL; WAINSTEIN, 1985) vêm tornando a vida dos bancários semelhante a dos antigos militantes das organizações de guerrilha urbana que, tendo iniciado os assaltos de banco e sequestros nos anos 70, lançavam mão da clandestinidade para se proteger da polícia, e não de grupos criminosos, como eles, os bancários, fazem agora.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de explorar vários planos das experiências dos bancários com crimes violentos, vale explicitar as contribuições da pesquisa para a discussão vitimológica. Afora evidenciar a insustentabilidade das teses egocentradas e culpabilizadoras sobre as vítimas de crimes – resumidas nas máximas do "escreveu, não leu, o pau comeu" ou do "teve o que mereceu"–, o estudo também buscou ir além da explicação fundada no estilo de vida, que ainda é dominante nos estudos sobre violência relacionada ao trabalho (LEATHER, BRADY *et al*., 1999). Outrossim, sem ignorar as consequências corporais e psíquicas dos processos de vitimização, que levam a pensar na noção de vítima como não problemática, enfatizamos as implicações sociais e morais desses processos para o reconhecimento e identificação dos bancários como "vítimas" (GOFFMAN, 1992; ROCK, 2002).

Deve-se, portanto, tomar cuidado com as tentativas de naturalização da carreira moral (GOFFMAN, 1992; ROCK, 2002) dos bancários. Tal naturalização seria avessa ao olhar do observador que busca apreender camadas de sentidos já estabelecidos e as novas camadas que são adicionadas pelos processos de vitimização pelo crime. Na busca de uma descrição densa e à altura de uma vitimologia crítica (MAWBY; WALKLATE, 1994; WALKLATE, 2003), a noção de processos de vitimização, operantes nos níveis macro, micro e meso-situacional, permite entender o surgimento, estruturação e estabilização de uma identidade

14 Durante um sequestro para assalto, o criminoso disse o seguinte para a vítima: "Você deu muito trabalho para o grupo, pois lhe segui durante três semanas para saber o endereço de sua família. Passamos mais de 45 dias na cidade para colher as informações" (H. N., 42 anos, bancário).

de vítima entre bancários expostos às ondas de crimes (SACCO, 2003) que vêm abalando, primeiro na região Sudeste e depois nas outras regiões do país, a segurança das agências retalhistas do todo-poderoso sistema financeiro do Brasil.

O nível macro-situacional está representado pela política bancária de depósito de elevados volumes de dinheiro nas agências retalhistas, pela precariedade do policiamento público e privado, e pela proliferação de grupos criminosos, profissionais, intermediários e amadores (MATTHEWS, 2002), que tiram proveito dessas oportunidades favoráveis (Nascimento, 2003; Aquino, 2004).

Na sequência lógica da análise, esse plano macro-situacional, envolvendo a política dos bancos, a inoperância do policiamento e o padrão de atividades dos grupos criminosos, contribui para estruturar as micro-situações ou interações forçadas entre criminosos e bancários, onde as poucas possibilidades de escolha, resistência e negociação colocam os funcionário diante dilemas ontológicos, morais e trabalhistas.

A principal característica da experiência com esses crimes violentos é o desamparo dos funcionários com respeito ao trabalho, à vida familiar e às condições gerais de existência. Tratam-se de episódios que despedaçam a representação social do eu (GOFFMAN, 1975) dos trabalhadores, criando dilemas e comprometendo as relações de confiança com colegas de trabalho, familiares e a empresa empregadora (BAUMAN, 2000; JENKINS, 1985; KENNEDY; SACCO, 1998; MATTHEWS, 2002).

A política de transferência da responsabilidade específica (HUNT, 2003) pela (in) segurança aos bancários cria tensões adicionais em termos de suspeita, culpabilização e penalização pelos dias de trabalho perdidos e outros prejuízos financeiros das agências bancárias vitimizadas (IAFOLLA, 2004; SYMONDS, 1980). Embora não tenhamos avançado na comparação do banco estudado com outras instituições financeiras, pode-se afirmar que as práticas de responsabilização são mais duras em outros bancos nacionais e internacionais da praça. Estes últimos operam com padrões diferenciados ou duplo padrão para países centrais e países semi-periféricos (CASTLEMAN, 1985), como o Brasil, que, todavia, engatinham nas políticas de reconhecimento e respeito pelos direitos das vítimas.

No nível meso-situacional, a força da responsabilização seria pequena se não penetrasse, por meio de uma miríade de controles, precauções e tecnologias de vigilância, no mundo da vida cotidiana e das redes sociais dos trabalhadores (FOUCAULT, 1977, 2003). Por mais endógena e corporativa que possa parecer, a responsabilização dos bancários, tal como a de outras categorias de trabalhadores do setor de serviços (PAES-MACHADO, LEVENSTEIN, 2004) e de cidadãos vítimas de crimes, é uma expressão da vigência do paradigma da responsabilidade, típico do capitalismo selvagem do século XIX e recriado

pelo neo-liberalismo dos nossos dias, baseado na prudência individual e avesso à socialização dos riscos (EWALD, 2002). Assumindo que a transferência de responsabilidade tem várias direções e pode ser pensada como um processo de moralização ou enquadramento da conduta (BAKER, 2002), os bancários também são responsabilizados e segregados (LEA, 2002) por suas redes sociais pelos riscos que enfrentam dentro e fora do seu ambiente de trabalho.

Consequentemente, os bancários passaram a sentir inadequados ao trabalho e ambivalentes com respeito a seus *status* na hierarquia da empresa. Essa crise de confiança está associada ao acirramento das tensões intra e extra-familiares, a exemplo da dispersão e redução da liberdade dos membros do grupo doméstico e ostracismo pelas redes sociais. Como reação a essas condições de violência, desenvolve-se uma crise da ocupação, que se expressa na vontade de abandonar o trabalho, limitar os compromissos com a empresa e até ocultar a identidade bancária.

Por mais equivocado que possa parecer esse retrato, muitos funcionários do banco em tela desenvolveram uma identidade de vítima que seria impensável há alguns atrás e que não é indiferente ao fato de terem feito jus ao primeiro e ao mais avançado programa corporativo de atendimentos de empregados que passaram por eventos traumáticos de assaltos e seqüestros, no Brasil (NASCIMENTO, 2002).

Em resumidas contas, nós acreditamos que devem ser feitas mudanças na segurança bancária, proteção e compensação das vítimas (SHAPLAND; WILMORE; DUFF, 1985). Além de reformas profundas no sistema de justiça criminal, objetivando aumentar a eficácia, diminuir a impunidade e controlar a corrupção, é fundamental que os bancos reduzam, em cooperação com órgãos do governo e empresas, o volume de dinheiro em circulação nas agências, como parte de uma política de segurança. Outro grande desafio é a remoção dos obstáculos jurídicos, institucionais e práticos ao reconhecimento dos direitos e compensação destes e de outros trabalhadores brasileiros vítimas de violência e vitimização relacionada ao trabalho.

# CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE MATRÍCULAS DE IMÓVEIS RURAIS: ANÁLISE À LUZ DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ana Maria Magalhães de Carvalho*

**Sumário:**

1 - Síntese da questão; 2 - Os vícios dos atos de registro; 3 - A questão do Pará; 4 - A insustentabilidade do argumento da morosidade; 5 - Cancelamento administrativo: análise do artigo 214, *caput*, da lei n.º 6.015/73; 6 - Análise da Lei n.º 6.739/79 à luz da Constituição; 7 - O Código Civil; 8 - Considerações de ordem prática; 9 - Algumas conjecturas. Conclusão e proposta

## 1 - SÍNTESE DA QUESTÃO

Grande é o desafio imposto à União e aos estados para arrecadar, dentro do prazo o mais exíguo possível, as terras públicas que se encontram ilegalmente **registradas** em nome de particulares e sob sua **posse**[1], conforme demonstra o **levantamento** da estrutura fundiária brasileira, realizado em 1999 pelo Ministério da Política Fundiária e do Desenvolvimento Agrário em parceria com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)[2], o qual **aponta** que aproximadamente 100 milhões de hectares de terras em todo o país podem ter tido seus títulos de propriedade obtidos por meio do crime de falsidade documental – comumente denominado "grilagem[3] de terra" – e/ou de outros meios ilegais, irregulares ou ilegítimos.

---

* Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), especialista em Ciência Política pela UFPA, especialista em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

1 Ou de espólios ou herdeiros dos grileiros, ou de quem deles adquiriu a "propriedade", mas não efetivou o registro do negócio em cartório.

2 INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. **Livro branco da grilagem de terras**. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/portal/arquivos>. Acesso em: 2 maio 2009.

3 Segundo Benatti, Santos e Gama, "grilagem é entendida como a legalização do domínio da terra através de documento falso (fictício). Também é compreendida como a aquisição ilícita de terras por meio de expulsão de posseiros (ocupantes de terras públicas) ou índios (aspecto factual) ou ambas as formas. Portanto, trata-se de uma série de mecanismos de falsificação de documentos de propriedade de terras, negociações fraudulentas, chantagens e corrupções que tem envolvido o poder público e os entes privados" (BENATTI, José Heder; SANTOS, Roberto Araújo; GAMA, Antônia Socorro Pena da. **A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira**. Brasília, DF: IPAM; MMA, 2006. (Série Estudos, 8). O verbo "grilar" refere-se ao "ato de criar falsos títulos de propriedades de terra". O termo teria surgido no Brasil como um regionalismo do Sudeste e do Centro-Oeste (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Objetiva, 2007. 1 CD-ROM). Segundo o **Livro branco da grilagem de terras**, foi dado esse sentido à palavra a partir da constatação de que o aspecto amarelado e, portanto, envelhecido dos títulos falsos de propriedade era obtido pela técnica de deixá-los por algum tempo dentro de gavetas ou de caixas junto com grilos e/ou outros artrópodes.

Atualmente é provável que esse número tenha diminuído consideravelmente, visto que várias ações foram promovidas nos últimos anos pelos institutos de terra dos estados e pelo INCRA no sentido de anular matrículas imobiliárias de imensas áreas rurais descerradas sem a sustentação em um título legitimamente concedido pelo Poder Público. Contudo, ainda há um imenso território a ser recuperado em todo o Brasil, notadamente nos estados da Amazônia – fato que gera injustiça social, ocupações e repressões violentas de terras rurais, permanente clima de insegurança e de ameaça, além de dificultar a efetiva implementação de uma política agrária que confira estrutura adequada para fixar no campo a grande massa de lavradores e de famílias sem terra que hoje aguardam a realização do sonho do assentamento rural enquanto (sobre)vivem em acampamentos precários, incapazes de garantir-lhes o mero mínimo existencial, o que revela que a nossa sociedade tem um longo caminho a percorrer tendo em vista o cumprimento do comando que fundamenta e norteia todos os princípios e regras constitucionais, que é a dignidade da pessoa humana.

Considerando a realidade acima, os institutos de terras e procuradorias de alguns estados, em especial do Amazonas e do Pará, buscam imprimir agilidade aos processos de anulação de matrículas imobiliárias rurais com suspeita de fraude, propondo às corregedorias dos tribunais estaduais que adotem – para tais cancelamentos – o rito sumário e administrativo previsto na Lei n.º 6.739/79, designado "cancelamento administrativo de matrícula".

Fazendo um recorte no complexo e extenso tema da grilagem de terras públicas, este ensaio pretende analisar a efetividade e a adequação do rito administrativo de cancelamento de registros imobiliários às garantias constitucionais e, ainda, apresentar uma proposta de atuação conjunta entre o Ministério Público e os órgãos fundiários estatais visando combater o grave crime de apropriação de terras públicas por meio de falsidade documental.

## 2 - OS VÍCIOS DOS ATOS DE REGISTRO[4]

Conforme o relatório da Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem de Terras do Pará

4 Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Pará. **Relatório da Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem de Terras do Pará**. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.gov.br>. Acesso em: 2 maio 2009; INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, 2009.

(COMISSÃO[5]), grande parte das matrículas[6] e dos registros em geral[7] constante dos livros dos serviços de registro de imóveis[8] das comarcas dos interiores dos estados apresenta irregularidades e ilegalidades, com destaque para as matrículas descerradas com base em documentos que não apresentavam as qualidades exigidas por lei[9] para produzir o efeito jurídico de permitir os atos registrais como, por exemplo, títulos provisórios, títulos de posse intendenciais[10], escrituras de compra e venda de benfeitorias e de cessão de posse, escrituras particulares, escrituras de posse, cessão ou adjudicação de direitos hereditários de posses, meras autorizações de uso do solo expedidas a título precário por secretarias de agricultura dos estados, contratos de arrendamento, entre outros vícios formais e materiais.

Há casos extremos de registros efetivados sem nenhum dado do título de origem, alienações de terras públicas de áreas superiores ao limite constitu-

5 Instituída pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), é formada por representantes de diversos órgãos: do próprio TJE-PA, do Ministério Público estadual e federal, do INCRA, do Instituto de Terras do Pará (ITERPA), da Procuradoria do Estado, da Comissão Pastoral da Terra (CPT), entre outros.

6 A Lei de Registros Públicos (LRP), artigo 176, dispõe que cada imóvel deve ter matrícula própria, que deve ser aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência da mencionada lei. A matrícula, portanto, precede o registro. Matricular um imóvel significa cadastrá-lo e individualizá-lo mediante as informações exigidas nas alíneas do inciso II do § 1.º do artigo 176, em obediência ao principio da especialidade, que, na lição de Afrânio de Carvalho, significa que "toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado" (CARVALHO, Afrânio de. Registro de imóveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 219).

7 O registro é o ato que sucede à matrícula e, efetivamente, é o que confere a propriedade do imóvel a alguém. O inciso III do § 1.º do artigo 176 da LRP lista os diversos requisitos exigidos para o registro imobiliário, entre os quais, a forma do título, sua procedência e caracterização.

8 Pela Constituição Federal (CF), artigo 236, os antigos "cartórios" passaram a denominar-se "serviços notariais e de registro". O titular desses serviços é um delegado do Poder Público, isto é, exerce as atribuições do Poder Público por delegação, mas sua atividade tem caráter privado. A carta também classifica os delegados, titulares dos serviços notariais e registrais, efetuando distinção entre notário e oficial de registro, mostrando que duas atividades diferentes são levadas a efeito nos serviços dos antigos cartórios, a de notarial e a de registrador (CF, art. 236, § 3.º). A Lei n.º 8.935/94, artigo 7.º, estabelece as competências de um e de outro profissional e indica que "notário" é sinônimo de "tabelião", e "registrador" é o mesmo que "oficial de registro".

9 As exigências para a abertura da matrícula e a efetivação dos registros imobiliários pelos serviços de registros estão dispostas nos parágrafos, incisos e alíneas do artigo 176 da LRP.

10 Por meio do Decreto Estadual n.º 410, de 8 de outubro de 1889, o Estado do Pará criou um instrumento jurídico denominado "título de posse" que poderia vir a se transformar em propriedade mediante ato de "legitimação" por parte do Estado. Sua outorga foi delegada às então existentes "Intendências Municipais" até a edição da Lei Estadual n.º 1.108, de 6 de novembro de 1909, que determinou que somente o Estado poderia concedê-lo. O prazo para a legitimação desses instrumentos foi sucessivamente prorrogado até que, por meio do Decreto Estadual n.º 1.054, de 14 de fevereiro de 1996, foi declarada a caducidade de todos os que não chegaram a ser legitimados. O Estado não possui controle exato do número de títulos de posse que foram efetivamente outorgados, mas a Corregedoria do TJE-PA estima que tenha sido entre cinquenta e sessenta mil e acredita que milhares deles, muitos dos quais nem sequer continham a especificação de sua exata área, foram aceitos como válidos para inscrição da propriedade nos serviços registrais de todo o Estado, principalmente na década de 70 do século XX, o que contribuiu para o caos fundiário que hoje o Estado enfrenta (informação constante dos "considerandos" do Provimento n.º 013/2006-CJCI (PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior. Provimento n.º 13. Dispõe sobre a averbação de bloqueio de matrículas de áreas rurais nos cartórios do registro de imóveis nas comarcas do interior e dá outras providências. Diário da Justiça, n. 3672, 23 jun. 2006)).

cional sem a autorização do Congresso Nacional[11], transferências de áreas cujo domínio ainda dependia do cumprimento de exigências previstas em títulos de aforamento, etc.

Além de todas essas ilegalidades, irregularidades e ilegitimidades, a COMISSÃO também aponta que a soma das áreas rurais registradas nos cartórios supera em muitas vezes o tamanho da dimensão territorial dos respectivos municípios. Em outras palavras, milhares de hectares de terras registrados nos livros dos cartórios imobiliários não têm espaço físico que lhes correspondam no mundo real.

## 3 - A QUESTÃO DO PARÁ

Embora este estudo pretenda analisar a possibilidade de cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais **sem particularizar o caso de um estado ou de outro** – visto que tanto o problema quanto a proposta para solucioná-lo por procedimento administrativo são assunto do dia em todo o Brasil, tendo sido objeto de atenção do Ministro Gilmar Mendes durante o discurso que proferiu na solenidade de abertura do Seminário de Instalação do Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos, realizado em 11 de maio de 2009, em Brasília (DF) – **é interessante** fazer um breve relato do singular caso do Estado do Pará, com seus estimados 30 milhões de hectares[12] de terras griladas, considerando que se trata da unidade federativa que hoje encabeça a defesa do cancelamento administrativo dos atos registrais com indícios de fraude como forma de agilizar a arrecadação de terras públicas ilegalmente detidas por particulares.

O problema: ao realizar uma profunda correição nos diversos serviços de registros de imóveis das comarcas do interior do Pará, a Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior (CJCI) do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA) constatou que grande parte das matrículas de imóveis rurais apresentava omissões e/ou estava em desacordo com uma ou mais prescrições da Lei de Registros Públicos. Fundamentado em seu dever de prudência, o órgão de fiscalização disciplinar editou o Provimento n.º 013/2006-CJCI, por meio do qual determinou a averbação de bloqueio em todas as matrículas reais rurais

11 CF, art. 49: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares".

12 INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, *2009*.

existentes nos citados serviços registrais, segundo as faixas de extensão e datas do registro especificadas nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do provimento[13].

Ao lado da providência acima, o TJE-PA instituiu, em 2007, uma comissão interinstitucional, que denominou "Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem", formada por representantes de diversos órgãos: do próprio TJE-PA, do Ministério Público estadual e federal, do INCRA, do Instituto de Terras do Pará (ITERPA), da Procuradoria do Estado, da Comissão Pastoral da Terra (CPT), entre outros, para estudar a questão a fundo e propor medidas.

Depois de analisar os atos registrais bloqueados pela CJCI-PA, bem como outros existentes nos serviços de registros das comarcas do interior paraense, a COMISSÃO concluiu que mais de 6.000 (seis mil) matrículas imobiliárias rurais devem ser canceladas e que o mais efetivo meio de solucionar o grave problema é por meio do rito administrativo e sumário da Lei n.º 6.739/79, a ocorrer no âmbito da Corregedoria de Justiça paraense.

Um dos argumentos utilizados pela COMISSÃO em prol do cancelamento administrativo pelo órgão correcional é a **morosidade** da Justiça – ou dos **juízes**. Com efeito, o precitado relatório informa:

> de 1996 a 2008 o Iterpa-Instituto de Terras do Pará ajuizou 50 ações de cancelamento e 4 ações civis públicas envolvendo 24.235.932 ha mas até agora o número de sentenças é ínfimo, correspondente a 4 milhões de ha, o que comprova a debilidade do cancelamento pela via judicial dos registros irregulares.

A alegada **impontualidade** na **prestação jurisdicional** conduziu a COMISSÃO a **propor** que "os títulos com vícios de nulidade sejam cancelados por meio de procedimento administrativo com prazo para ampla defesa, mas sem a necessidade de abertura de mais de 6 mil processos judiciais que podem se arrastar indefinidamente" e a **deliberar** pela remessa da questão ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assentando:

13 O Provimento n.º 013 CJCI/2006 determina, em seus artigos 1.º, 2.º e 3.º, o bloqueio de todas as matrículas de imóveis rurais existentes nas serventias de registro de imóveis das comarcas do interior nas seguintes faixas: os imóveis com área superior a 10.000 ha que tenham sido registrados no período de 16 de julho de 1934 a 8 de novembro de 1964, os imóveis com área superior a 3.000 ha que tenham sido registrados no período de 9 de novembro de 1964 a 4 de outubro de 1988 e as áreas superiores a 2.500 ha que tenham sido registradas a partir de 5 de outubro de 1988. O bloqueio impede a realização de qualquer ato nessas matriculas, sendo o mesmo efeito estendido aos eventuais desmembramentos realizados a partir dessas matrizes bloqueadas.

considerando que a Corregedoria das Comarcas do Interior do TJE-PA não aceitou a edição de um procedimento para o cancelamento administrativo, solicitamos a manifestação do Conselho Nacional de Justiça, que já considerou válido o procedimento adotado pela Corregedoria de Justiça do TJE-AM.

Portanto, em breve, o CNJ deverá decidir se ordena ou não que a CJCI-PA processe os pedidos de cancelamento de matrícula de imóveis rurais que a Procuradoria do Estado do Pará e o ITERPA pretendem apresentar.

## 4 - A INSUSTENTABILIDADE DO ARGUMENTO DA MOROSIDADE

Antes de analisar a constitucionalidade das leis levantadas pela COMISSÃO, é válido assentar, desde logo, que a alegada lentidão judicial no processamento das ações – de qualquer natureza – **não** é argumento que justifique o afastamento da via judicial para os novos processos de cancelamento de matrícula, tenham eles idênticas ou diversas causas de pedir dos anteriores.

Abstraindo-se (por ora) a definitiva razão encontrada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, que representa um veto à realização de justiça por mãos próprias, não só pelos indivíduos como componentes da sociedade, mas principalmente pelos que estão investidos de uma função do Estado, pode-se dizer que a assertiva do parágrafo precedente explica-se na compreensão de que **a maior parte** das instituições democráticas brasileiras **está constituída e funcionando**. É certo que falta aprimoramento a muitas delas, mas esse fator não justifica a busca por soluções casuístas, que não resolvem o problema em sua essência, podendo até mesmo agravá-lo, gerando eventual direito de indenização pelo Estado para um particular atingido injustamente pela fórmula particular "encontrada".

Parece-nos que a melhor proposição é, certamente, procurar aperfeiçoar os organismos públicos e institutos que já temos – e não simplesmente substituir um órgão por outro, em especial quando o substituto não tem a mesma vocação, nem foi criado com a mesma finalidade do substituído, caso que ocorreria se os diversos juízos competentes fossem substituídos pelas corregedorias de justiça, por tratar-se de órgãos criados para cumprir missões distintas, possuindo, por isso, estruturas diferentes.

É nesse sentido – de padronização, de fortalecimento, de maior estruturação do Poder Judiciário – que hoje a sociedade brasileira vê o CNJ empreender estudos, editar resoluções e recomendações, num claro esforço de melhorar a

prestação jurisdicional como exigência para o fortalecimento do regime democrático[14].

Apressamo-nos a dizer que a ideia aqui manifestada não se presta a reduzir a democracia a uma simples esfera político-institucional, mas tão somente a afirmar que, no momento, a necessidade brasileira é de **aperfeiçoar** os procedimentos e instituições político-democráticas e de **firmar** a ideia de incondicionalidade dos direitos e garantias constitucionais; e não de enfraquecimento do que já conquistamos - fato que ocorrerá sempre que houver o confisco de funções essenciais de um órgão para conferi-las a outros que não possuem a mesma aptidão por meio do uso de fórmulas que não encontram amparo na ordem constitucional.

Se todas as instituições que não desempenham suas funções de modo satisfatório no Estado brasileiro forem simplesmente depostas e substituídas rápida e irrefletidamente por outras sem a mesma inclinação, certamente poucas restarão conservadas, mas é improvável que tal medida nos conduza à consequência almejada, isto é, à melhor prestação do serviço público. Como exemplo, toma-se o caso da Polícia Civil. É consenso em nossa sociedade que essa instituição apresenta problemas para o cumprimento ideal de seu mister, mas ninguém ousa com seriedade defender que se deve outorgar a outro órgão o imprescindível serviço de investigação criminal. Nem mesmo o Ministério Público, a quem a Constituição também atribui poderes de investigação, jamais sustentou tomar para si a tarefa da Polícia judiciária. Alerta-se – isto sim – para a necessidade de aparelhamento, de ampliação e de qualificação do quadro de servidores, de aprimoramento do controle da atividade, enfim, de melhores condições de trabalho para o corpo policial e de maior fiscalização interna (pela corregedoria respectiva) e externa (pelo Ministério Público) dos trabalhos que a instituição desenvolve.

Outro exemplo é o controle externo da atividade policial. Em março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a criação de uma "corregedoria judicial de polícia" para realizar o controle externo da atividade da Polícia por considerar que a atuação do Ministério Público, nesse sentido, tem sido "abstrata". Em outras palavras, o Ministro acredita que um juiz poderia fiscalizar de forma mais adequada os afazeres da Polícia[15]. Entretanto, esse argumento cai por terra quando se leva em conta que o Poder Judiciário (assim como outras instituições

14 Robert Dahl explica que a democracia não é um regime que, uma vez atingido, fica para sempre estabelecido, sem risco de sofrer retrocessos. Ela necessita de contínuos aprimoramentos, de ampliação do número de cidadãos conscientes da importância de sua participação e de seu envolvimento nos assuntos de interesse de toda a sociedade. Sem a participação cidadã, o regime tende a enfraquecer-se, podendo até desaparecer, a exemplo do que ocorreu no passado em inúmeros países, inclusive na própria Grécia (DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: USP, 1997).

15 MAIA, William. **Gilmar Mendes critica MP e volta a defender controle externo da Polícia Federal**. 31 mar. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em: 2 maio 2009.

democráticas brasileiras) enfrenta problemas para desincumbir-se de suas missões próprias, inclusive esse é o motivo alegado pela COMISSÃO para defender o cancelamento de matrículas imobiliárias pelas corregedorias de justiça.

Essa constatação conduz-nos a retomar o argumento de que a questão não é solucionável pela simplória via da substituição; trata-se, antes, do aperfeiçoamento do que já existe. Por exemplo, no caso do controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público, falta o aprimoramento das leis[16] que regulamentam o artigo 129, VII, da Constituição[17].

## 5 - CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DO ARTIGO 214, *CAPUT*, DA LEI N.º 6.015/73

O artigo 214, *caput*, da Lei n.º 6.015/73[18] é o fundamento legal em vigor para o cancelamento administrativo de registros de imóveis. Para verificar a aplicabilidade dessa norma aos casos de áreas rurais com suspeita de fraude, é necessário traçar as linhas básicas para sua inteligência, que pode ser iniciada pela verificação da hipótese justificadora do cancelamento administrativo, qual seja, a existência de "nulidade de pleno direito do registro", que nada mais é do que a nulidade extrínseca do ato registral, que não atinge a essência do direito constante no título que deu causa ao registro, mas ocupa-se de defeito de ordem formal, por conta do que o registro se torna suscetível de ser declarado nulo diretamente em processo administrativo, independentemente de ação judicial[19].

Em outras palavras, o cancelamento administrativo com base no artigo 214, *caput*, da Lei de Registros Públicos (LRP) pressupõe a existência de um vício que pode ser percebido pelo singelo exame da face do fólio registral, sem necessidade de averiguações que digam respeito ao título que motivou a inscrição. Havendo necessidade de verificação da qualidade do título que determinou o ato do registrador, afasta-se o exame pela via administrativa, pois surge a necessidade de apreciação dos elementos intrínsecos do registro na esfera jurisdicional.

16 Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, e Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

17 Nesse sentido, a declaração do Ministro da Justiça, Tarso Genro, em 12 de março de 2009: "O controle externo da PF pelo Ministério Público é um controle sóbrio. Teríamos de trabalhar sobre isso". (MAZENOTTI, Priscilla. **Tarso defende controle externo da Polícia Federal pelo Ministério Público.** 12 mar. 2009. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/03/12/materia.2009-03-12.6181428212/view>. Acesso em: 2 maio 2009).

18 Lei n.º 6.015/73, artigo 214: "As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independente de ação direta". Depreende-se do texto legal que a palavra "registro" foi empregada em sentido amplo, isto é, refere-se tanto a matrícula,quanto a registros e averbações.

19 No Estado do Pará, mesmo os procedimentos administrativos para cancelamento de matrículas de imóveis rurais com fundamento no artigo 214, *caput*, da LRP são processados pelas varas agrárias, e não pela Corregedoria do interior (Constituição Estadual, art. 167, e Resolução n.º 018/2005-GP, art. 2.º). Essa condição afasta o processamento pela CJCI-PA das demandas que o ITERPA pretende promover.

Conforme mostrado no item 2 desde trabalho, a **maior parte** dos defeitos encontrados pelo INCRA, em todo Brasil, e pela COMISSÃO, no Pará, **refere-se** a vícios intrínsecos às matrículas imobiliárias rurais, isto é, são ilegalidades, ilegitimidades, irregularidades contidas nos títulos que determinaram o descerramento das matrículas analisadas nos estudos. Essa condição afasta a incidência do artigo 214 da LRP para a maior parte dos casos analisados.

## 6 - ANÁLISE DA LEI N.º 6.739/79 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

O crime de falsidade conhecido como "grilagem de terra" também preocupou o governo ditatorial que dominou o Brasil de 1964 a 1988, conforme demonstra a edição da Lei 6.739/79 que, em seu artigo 1.º, previu a seguinte possibilidade:

> a requerimento de pessoa jurídica de Direito Público ao Corregedor Geral da Justiça, são declarados inexistentes e cancelados a matrícula e o registro de imóvel rural vinculado a título nulo de pleno direito ou feitos em desacordo com o artigo 221 e seguintes da Lei n.º 6.015/73[20].

Em 1983[21], o Supremo Tribunal Federal reconheceu a compatibilidade do rito peremptório definido nesse diploma legal com a Constituição imposta pelo regime militar. Depois da redemocratização, a Corte Máxima não foi instada a pronunciar-se acerca da recepção dessa lei, mas é singelo concluir que essa norma não encontra respaldo na atual ordem democrática, uma vez que conflita com dois magnânimos princípios constitucionais, o do **devido processo legal** e o da **ampla defesa,** consagrados na CF, artigo 5.º, LIV e LV[22].

A vigência de uma Constituição consagradora de direitos e garantias fundamentais autoriza afirmar que no Brasil vige um Estado de direito, constitucional e democrático, que garante a todos (sem excetuar ninguém, seja suposto, seja assaltante ou corrupto, homicida confesso, ou mesmo grileiro de terras públicas)

20 Seria interessante levantar a quantidade de matrículas e registros que foram efetivamente cancelados sob a égide dessa lei em todo o Brasil, até o advento da Constituição cidadã.

21 STF. Rp n.º 1070/DF/Representação. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em 23 de março de 1983. **DJ**, 27 maio 1983. Ementa: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL 6.739, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1979. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PARAGRAFOS 1.º, 3.º, 15, 22 E 36 DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/>. Acesso em: 2 maio 2009.

22 CF, art. 5.º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; CF, art. 5.º, 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".

**o devido processo legal**, que inclui, por certo, ser processado pelo juiz competente, isto é, por aquela autoridade judicial que detém o poder de jurisdição dentro de determinado âmbito previamente estabelecido em norma. No entanto, o artigo 1.º da Lei n.º 6.739/79 não assegura a proteção constitucional do devido processo legal e impede a atuação do juiz natural porque possibilita que a parte autora escolha o órgão que processará o seu pedido. No caso do Pará, o órgão que a COMISSÃO quer "escolher" é a Corregedoria do Interior, em detrimento do juiz natural.

Ainda que não ocorresse nenhuma lesão às duas garantias precitadas, o princípio do **contraditório** e da ampla defesa haveria de se alçar em desfavor da pretensão da COMISSÃO. Corolário do devido processo legal, esse princípio é bem definido pela expressão *audiatur et altera pars* e abrange não só a possibilidade de defesa, mas também **todos os meios e recursos a ela inerentes**. Daí se conclui que, antes de cancelar uma inscrição imobiliária, o órgão processante – seja ele qual for (administrativo ou judicial) – tem de dar à outra parte a oportunidade de apresentar-lhe suas razões. É evidente que o rito impositivo do artigo 1.º da Lei n.º 6.739/79 afronta a Norma Magna, pois ordena o cancelamento prévio dos atos registrais impugnados e só posteriormente a oitiva do(s) prejudicado(s). Mas o assunto não se esgota só nessa garantia, pois que, depois de proferida a decisão administrativa, qualquer das partes tem o direito de rediscutir a causa perante o juiz competente, reapresentando as mesmas provas e argumentos, bem como outros que entenda favoráveis a sua pretensão, haja vista o *princípio da inafastabilidade* da apreciação judicial, prevista na CF, artigo 5.º, inciso XXXV.

Além de afrontar a Constituição, ainda há a questão do retrabalho que implica cancelar as matrículas fraudadas pela forma administrativa quando se sabe que tudo será rediscutido perante o juiz competente.

Há que pensar que, mesmo quando os fins pretendidos pela COMISSÃO pareçam absolutamente justos *prima facie*, deve-se jamais olvidar que a subordinação do Estado[23] a garantias, princípios e normas constitucionais consagra a ideia de que, com esse respeito, o que se está a defender é a própria "forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada"[24]. Então, é a própria democracia que se protege quando se compreende e respeita a supremacia da Constituição.

23 "Estado" em sentido amplo, que abrange todas as atividades exercidas para cumprir os fins estatais, isto é, aquelas realizadas pela Administração por meio de suas autoridades administrativas, servidores e delegados, pelo Poder Judiciário por meio de suas autoridades judiciais e servidores, pelo Ministério Público por meio de suas autoridades ministeriais e servidores, para satisfação das necessidades da coletividade ou conveniência do ente estatal.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

## 7 - O CÓDIGO CIVIL

Finalmente, ainda que não houvesse os impedimentos constitucionais, a Lei n.º 6.739/73 não teria meios de superar os obstáculos do artigo 1.245, § 2.º, do Código Civil de 2002, que prevê: "Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel".

Essa norma fecha duas questões:

a) evidencia que a abrangência do artigo 214, *caput*, da Lei n.º 6.015/73 circunscreve-se aos defeitos extrínsecos, pois menciona a necessidade de se promover ação própria para o cancelamento de registros;

b) anula a possibilidade de validade do artigo 1.º da Lei n.º 6.739/79, pois não permite determinar o cancelamento do registro previamente, antes da decretação de invalidade do registro.

## 8 - CONSIDERAÇÃO DE ORDEM PRÁTICA

Abstraindo todos os princípios e normas antes levantados, ainda se pode levantar outro raciocínio para demonstrar que **não** é razoável a ideia segundo a qual as corregedorias de justiça dos tribunais estaduais processariam mais rapidamente os pedidos de cancelamento de matrículas. Vejamos: se as ações forem propostas perante os respectivos juízos competentes, vários serão os magistrados[25] que conduzirão os diversos processos, visto que as matrículas fraudadas, por certo, não pertencem a uma única jurisdição; por outro lado, se forem apresentadas perante a corregedoria de justiça, todas essas inúmeras ações ficarão concentradas na pessoa do(a) corregedor(a). Entretanto, dita autoridade tem de desincumbir-se de tarefas que lhe são inerentes e que, por certo, lhe resultam em considerável massa de trabalho, fato que pode determinar o atrasamento dos procedimentos pretendidos pela COMISSÃO. Portanto, eventual impontualidade na prestação do serviço pelo órgão fiscalizador estaria de per se justificada diante de todas as dificuldades que enfrentaria para conduzir uma tarefa que, a rigor, incumbe aos juízes. Ao lado disso, o aumento da massa de serviço demandaria a ampliação do quadro de servidores da corregedoria e, possivelmente, até

25 No Pará, os juízos competentes para as ações judiciais e administrativas de cancelamento e anulação de matriculas e registros de áreas rurais são as cinco Varas Agrárias, conforme o artigo 167 da Constituição Estadual e o artigo 2.º da Resolução n.º 018/2005-GP, observado o âmbito de suas respectivas competências territoriais. Se apresentados os mais de 6.000 pedidos de cancelamento no âmbito judicial, teremos cinco juízes processando-os (em contraposição a uma única corregedora), visto que as irregularidades não se concentram em uma única região agrária, embora a região de Marabá conte com maior número de áreas com problemas registrais. As varas agrárias do Estado do Pará possuem plena condição de receber essas mais de seis mil ações, pois, apesar de cuidarem de complexa matéria (conflitos agrários), o número de ações que atualmente processam é relativamente pequeno: Vara Agrária de Marabá: 451 processos; Redenção: 386; Castanhal: 287; Santarém: 148; Altamira: 111 (dados do TJE-PA).

mesmo a implantação de uma secretaria para realizar o controle de tantos novos procedimentos e seus respectivos andamentos – e tudo isso para atender uma situação fortuita, que provavelmente não mais existirá depois de efetivados os cancelamentos dos registros fraudulentos apontados pela COMISSÃO[26].

Não é correto o argumento segundo o qual as corregedorias não encontrariam dificuldade em processar os pedidos de cancelamento de matrículas imobiliárias porque possuem experiência advinda de suas funções de proceder às representações que lhe são apresentadas em desfavor de membros e servidores sobre os quais possui atribuição correcional, pois não se trata de ritos idênticos. Os primeiros, tanto pela quantidade quanto por envolverem pessoas físicas e jurídicas estranhas ao órgão processante, implicarão forte ampliação de massa e complexidade do serviço[27].

Um argumento que favorece a apresentação dos pedidos de cancelamento perante o juiz competente é o fato de o(a) juiz(a) ser vinculado(a) ao princípio da duração razoável do processo, podendo o(a) autor(a) ou interessado(a) na ação pedir providências à corregedoria de justiça e até ao CNJ nos casos de demora injustificada. Essa providência, por certo, será suficiente para determinar a agilização do feito, caso não exista justa razão para a delonga na prestação jurisdicional[28].

## 9 - ALGUMAS CONJECTURAS

Com base no **irrisório** percentual de 2% de interessados que procurou o ITERPA para tentar solucionar as questões atinentes ao bloqueio determinado pela Resolução n.º 013/2006-CJCI-PA, há quem sustente[29] que **as pessoas** em cujos nomes estão os imóveis rurais passíveis de terem suas matrículas e demais

26 As exigências inseridas na LRP pela Lei n.º 10.267/01 dificultam sobremaneira esse tipo de crime, conforme se comentará no item 9, a seguir.

27 Quem nunca exerceu as funções de juiz ou de promotor de justiça, principalmente no interior, pode não ter ideia da dificuldade que se enfrenta para localizar pessoas para notificação/intimação e da dependência de obter informações cadastrais nos órgãos do Estado, pois a busca exige não só o nome do pesquisado, mas também sua data de nascimento e o nome de sua mãe, ou o CPF, dados que nem sempre vêm informados nos processos.

28 No caso do Estado do Pará, a Procuradoria Geral do Estado (PGE-PA) e o ITERPA devem (i) levantar as 50 ações de cancelamento de matrícula que alegam haver iniciado entre 1996 e 2008, as quais afirmam estarem se arrastando indefinidamente sem que cheguem à prestação devida, para pedir a declinação de competência em favor das Varas Agrárias dentro de suas respectivas jurisdições (caso ainda não tenham adotado essa providência), e (ii) apresentar à CJCI do TJE-PA o pedido de providência em relação aos processos que estejam se prolongando acima do tempo razoável, a fim de que o órgão correcional adote as medidas que cada situação exigir.

29 Por exemplo, o advogado do ITERPA, Girolamo Trecani, manifestou essa crença durante o Seminário de Instalação do Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos, realizado em 11 de maio de 2009, em Brasília (DF), assim como outros servidores do mesmo órgão e militantes de movimentos sociais por reforma agrária, como a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará (FETAGRI).

inscrições canceladas (ou seus sucessores) **não comparecerão** para defender-se nos procedimentos administrativos que os estados e a União pretendem contra elas deflagrar.

Esse argumento merece algumas reflexões de ordem prática.

**Em primeiro lugar**, o bloqueio das matrículas pela CJCI-PA não implicou, obviamente, a perda da posse sobre as áreas, ou seja, as pessoas físicas e jurídicas que detinham o poder de uso sobre os imóveis rurais[30] cujas matrículas foram bloqueadas não perderam esse direito. Esse fato explica, em parte, o descaso em solucionar a situação documental da propriedade. Se, em vez de bloqueada, a matrícula tivesse sido cancelada, esse fato, por si só, tampouco teria o condão de modificar a posse sobre a área sem a realização do correlato georreferenciamento. Portanto, tão importante quanto o cancelamento do documento de propriedade fraudulento é a identificação do local onde se encontra o imóvel dentro deste gigante Brasil.

**Em segundo lugar**, com a edição da Lei n.º 10.267/01, passou a ser obrigatório o georreferenciamento do imóvel rural antes de qualquer ato na respectiva matrícula (mudança de titularidade, remembramento, desmembramento, parcelamento, modificação de área, alterações relativas a aspectos ambientais, etc). Essa lei também criou o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR), que tem uma base comum de informações gerenciada em conjunto pelo INCRA e pela Secretaria da Receita Federal, que pode ser produzida e compartilhada pelas diversas instituições públicas federais e estaduais produtoras e usuárias de informações sobre o meio rural brasileiro. Na prática, isso significa que, para desbloquear as matrículas alcançadas pela Resolução n.º 013/CJCI-PA, não basta que o proprietário apresente um título legítimo de aquisição da propriedade da área, pois se faz necessário o cumprimento das novas reclamações legais introduzidas na LRP pela mencionada Lei n.º 10.267/01, entre as quais, a identificação do imóvel rural na forma do § 3.º do artigo 176 e do § 3.º do artigo 225 da Lei nº 6.015, de 1973, a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas no Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional estabelecida em ato normativo e técnico, expedido pelo INCRA[31]**.** Essas exigências traduzem-se em gastos não só com advogados, mas também com os peritos que deverão realizar o memorial descritivo e o georreferenciamento da área, fato que inibe a "vontade" de muitos em regularizar a situação documental de seu patrimônio;

30 Ressalva em relação às áreas que inexistem no plano físico, pois, conforme se viu antes, muitas matrículas referem-se a extensões de terras que só têm existência no papel, dentro do livro registral.

31 Artigo 9.º do Decreto n.º 4.449, de 30 de outubro de 2002.

**Em terceiro lugar,** o Decreto n.º 4.449/2002 impõe uma forma de bloqueio a todas as matrículas e registros de imóveis rurais em todo o Brasil ao proibir aos oficiais de registro de imóveis que pratiquem atos registrais nas áreas rurais cujas dimensões se enquadrem nos incisos I a IV do *caput* de seu artigo 10, até que seja promovida a identificação da área na forma prevista no referido decreto e na LRP. A leitura que se faz desse diploma é que, em todo o Brasil, deverá ocorrer, nos próximos anos, um grande recadastramento de áreas rurais, visto que nenhuma propriedade poderá ser herdada, adquirida, hipotecada, desmembrada, remembrada, etc. sem ter sido devidamente identificada nos termos da Lei n.º 6.015/73 e do decreto acima mencionado;

**Em quarto lugar**, o avanço tecnológico não conseguiu, obviamente, abrogar a lei da física segundo a qual dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo lugar no espaço. Portanto, ainda que cinco, seis, sete pessoas possuam **registrada** em seus nomes a **mesma área** de terra, apenas um lhe detém a posse. Isso implica dizer que muitos títulos foram grilados para forjar um cadastro forte para o "titular", que lhe viabilizasse a obtenção de créditos em bancos estatais ou privados; outros tiveram por finalidade vender áreas que não existiam para pessoas de boa-fé. Enfim, inimagináveis situações levaram incontáveis grileiros a ter interesse em fabricar títulos de propriedade de áreas sobre as quais jamais tiveram a posse, mas que lhes proporcionaram condições de enganar pessoas físicas e jurídicas e – talvez – até mesmo o próprio Estado. Dessa forma, é, de fato, razoável conjecturar que o número de pessoas que buscará defender a "sua" propriedade nas ações de cancelamento será muito inferior ao número de registros, até porque muitos "titulares" nem sequer existem, são pessoas fictícias ou extintas[32]. Considerando, porém, que cada sentença civil de cancelamento de registro ensejará, em tese, a propositura, pelo Ministério Público, de uma ação penal pelo crime de falsidade documental contra a pessoa em cujo nome constava uma matrícula fraudulenta, é provável que os grileiros que têm existência física buscarão defender-se na seara civil para tentar provar que ingressaram no "negócio" de boa-fé e, por essa via, livrar-se da persecutio criminis. Além disso, nesse universo de fraudes, há que considerar que, certamente, há pessoas de boa-fé, que adquiriram e pagaram por áreas ilegais sem ter conhecimento do terrível vício originário que contaminava a propriedade.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA

Conforme se mostrou nos itens 5 e 6, o cancelamento administrativo de matrículas pelo rito sumário não encontra amparo na ordem democrática cons-

32 Qual adulto de hoje não se lembra que até 1990 comentava-se que os CPF de pessoas mortas eram usados nas aplicações financeiras, a fim de que o nome do verdadeiro dono do dinheiro não aparecesse?

titucional. Abstraindo-se a inconstitucionalidade do procedimento, verificou-se, no item 9, que ele também não se mostra eficaz, pois não há nenhuma garantia de que correria de forma mais rápida se processado no âmbito das corregedorias de justiça, e o bom senso indica que ocorreria o inverso da pretendida agilização.

Diante dessas conclusões, **propõe-se** uma atuação conjunta do Ministério Público e das procuradorias e autarquias fundiárias visando (1) obter a declaração judicial de falsidade dos títulos que deram origem às finórias matrículas e o consequente (2) cancelamento delas pela via judicial. (3) O **ponto principal é identificar as áreas ocupadas pelos grileiros e retirar-lhes a posse, arrecadando-as efetiva e concretamente para o Estado**. Em seguida, é preciso (4) investigar, processar e punir criminalmente os autores das fraudes[33], numa força-tarefa intimorata e tenaz que coíba categoricamente as ocupações ilegais de terras públicas que foram realizadas mediante procedimentos de transmissão de patrimônio imobiliário obtido ao arrepio da lei, que ainda hoje representam a perpetuação dos latifúndios, em detrimento da necessária expansão da agricultura familiar e da socialização do acesso à terra.

33 Inclusive os registradores que agiram em colusão com os grileiros e/ou omitiram-se em seus deveres de cuidado e de segurança jurídica, o que configura uma omissão penalmente relevante.

# A REPERCUSSÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL NO TERMO INICIAL DO PRAZO PARA RESCISÃO DA COISA JULGADA

Domingos Daniel Moutinho*

**RESUMO**

O presente trabalho tem por finalidade analisar as repercussões do juízo negativo de admissibilidade dos recursos no termo inicial do prazo decadencial para a rescisão da coisa julgada. Busca demonstrar como os efeitos da natureza jurídica desse juízo podem afetar, sob o aspecto temporal, a eventual propositura da ação rescisória. Como fontes de pesquisa, foram utilizadas as obras listadas nas referências e os repositórios da jurisprudência pátria, em especial aqueles do STJ. Com base nos entendimentos mencionados e na análise dos fundamentos jurídicos suscitados pelo próprio autor, atinge-se a conclusão pretendida no objetivo geral do projeto de pesquisa, qual seja: a possibilidade de modulação dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade recursal.

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O juízo de admissibilidade está presente nos procedimentos adotados em relação a todos os apelos, ordinários e extraordinários *lato sensu*, existentes no Direito Processual brasileiro. Trata-se de um juízo preliminar que tem como finalidade aferir se estão ou não presentes os requisitos que permitem o enfrentamento do mérito dos recursos. Das análises proferidas pelos órgãos jurisdicionais competentes para o juízo de admissibilidade, podem resultar duas hipóteses: o conhecimento ou o não conhecimento dos apelos, de modo que seu seguimento depende desse juízo.

Pois bem, interposto o recurso, pode-se dizer que a análise de seus requisitos repercutirá fundamentalmente no momento em que se configura o trânsito em julgado da decisão impugnada. Quando o juízo de admissibilidade é positivo, não há dúvida de que o trânsito resta postergado até o momento em que a nova decisão de mérito torna-se intangível por intermédio de novos recursos. Situação distinta revela-se, porém, quando se nega conhecimento ao apelo (juízo negativo de admissibilidade), decisão da qual exsurge extensa discussão, tanto doutrinária

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Servidor público federal. Técnico judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Pará. E-mail: domingos.daniel@hotmail.com.

quanto jurisprudencial, que decorre, basicamente, da natureza jurídica do juízo proferido pelos órgãos competentes quanto à admissibilidade dos recursos.

O momento em que se configura o trânsito em julgado, por seu turno, é fundamental para a aferição do termo inicial do biênio dentro do qual se pode rescindir a coisa julgada por meio da propositura da ação rescisória (AR). O objetivo do presente trabalho é justamente abordar a forma como a eficácia do juízo negativo de admissibilidade recursal repercute naquele prazo.

## 1 - NATUREZA JURÍDICA DO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

A definição da natureza jurídica do juízo de admissibilidade dos recursos é matéria que se pauta, fundamentalmente, pelo conteúdo desse juízo. A doutrina diverge nesse ponto, enquanto a jurisprudência, em virtude do caráter eminentemente acadêmico do assunto, pouco o enfrenta. Embora se trate, de fato, de tema de forte cunho científico, sua abordagem tem claras repercussões de caráter prático, que concernem, conforme já explanado, ao momento da formação da coisa julgada material.

Grandes autores tratam com brilhantismo do assunto. É o caso de José Carlos Barbosa Moreira[1], que, a propósito, inspira, com suas lições, considerável parte da doutrina. Segundo o mencionado professor, a natureza do juízo de admissibilidade é declaratória, pouco importando se seu conteúdo é no sentido da admissão ou da inadmissão do apelo, o que decorre do fato de que, no momento da verificação dos requisitos de admissibilidade, o magistrado restringe-se a reconhecer sua existência ou inexistência, que, a propósito, antecedem o momento do proferimento do juízo.

O entendimento no sentido da natureza declaratória do juízo de admissibilidade, vale dizer, prevalece claramente na doutrina. Também pudera. Trata-se, sem dúvida, do posicionamento que guarda maior precisão científica. O juízo de admissibilidade não inova na realidade. Não há, a partir dele, qualquer criação, modificação ou extinção de relação jurídica, características estas, sim, que lhe poderiam conferir natureza constitutiva (positiva ou negativa). Na verdade, como bem exposto pelo autor até aqui citado, tal juízo tem apenas o condão de conferir certeza à situação de existência ou inexistência dos requisitos de admissibilidade do recurso, certeza posta em xeque pelo recorrente. Assim, é inegável que o conteúdo do juízo proferido quando da análise da admissibilidade dos apelos identifica-se com um *decisum* de natureza eminentemente declaratória. Acompanham, por exemplo, as ideias até aqui expostas os professores Alexandre Freitas

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.

Câmara[2], Nelson Nery Junior[3] e Tereza Arruda Alvim Wambier[4]. A jurisprudência, de sua parte, não enfrenta, com a didática que a Academia exige, a questão da natureza desse juízo, pois busca analisar diretamente o aspecto atinente ao início de sua eficácia, o que não deixa de tangenciar a questão ora enfrentada Tal abordagem, no entanto, será por nós comentada em momento oportuno.

Dissidente na doutrina é a voz do professor Fredie Didier Junior[5], segundo o qual o juízo de admissibilidade, quando negativo, tem natureza constitutiva negativa. Para esse doutrinador, a decisão quanto à admissibilidade dos apelos somente tem natureza declaratória na hipótese de seu conhecimento (juízo positivo de admissibilidade). Deixando o julgador de conhecer do recurso, aplica-se, nos dizeres de Didier, a sanção de inadmissibilidade (invalidade), razão pela qual se pode considerá-lo um juízo constitutivo. Acrescenta o autor que, mesmo nos juízos constitutivos negativos, observa-se o reconhecimento de uma situação anteriormente ocorrida para que, a partir dela, se constitua, modifique ou desconstitua uma relação ou situação jurídica. Por fim, o aludido doutrinador estabelece um paralelo entre a hipótese do juízo negativo de admissibilidade e a decisão de rescisão da coisa julgada.

Embora sejam sedutores os argumentos do autor, não parece acertado seu entendimento acerca da natureza jurídica do juízo negativo de admissibilidade. Assiste razão à doutrina majoritária, na medida em que, quando do não conhecimento do apelo interposto, o órgão julgador adstringe-se a reconhecer uma situação preexistente e nada mais. Nesse ponto é que reside a distinção fundamental entre um juízo declaratório e um juízo constitutivo. Neste, é bem verdade, pode haver o reconhecimento de fato pretérito, porém, além disso, é de sua essência a constituição, a modificação ou a desconstituição de determinada relação ou situação jurídica. O mero reconhecimento caracteriza o *decisum* como declaratório, já o reconhecimento acompanhado de tais providências pode caracterizá-lo como constitutivo. Não há, pois, no juízo de admissibilidade recursal, o que ser constituído, modificado ou desconstituído.

Pode-se dizer, assim, que o paralelo traçado com as decisões proferidas nas ações rescisórias não é pertinente, pois, em tais demandas de impugnação às decisões judiciais, há, efetivamente, o que se desconstituir, a saber: a coisa julgada. Nelas, reconhece-se situação que se identifica com uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil (CPC), para, em seguida, rescindir-se o trânsito em julgado material da decisão impugnada.

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2.

3 NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

4 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. 2008.

5 DIDIER JUNIOR, Fredie. 2006.

## 2 - INÍCIO DA EFICÁCIA DO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL SOB O ESTRITO ENFOQUE DE SUA NATUREZA

Tecidas considerações acerca da natureza jurídica do pronunciamento contido no juízo de admissibilidade que nega conhecimento ao recurso, é preciso que se atente agora para os efeitos temporais dessa decisão. Estritamente sob esse aspecto, a questão toma ares de simplicidade, uma vez que seria facilmente explicada pela regra geral que definiria se os efeitos são *ex tunc* ou *ex nunc*. Assim, admitindo-se que as decisões de caráter declaratório, via de regra, permitem que sua eficácia retroaja no tempo até o momento da relação ou situação jurídica reconhecida, pode-se dizer que o juízo negativo de admissibilidade possui efeitos *ex tunc*, ante sua natureza declaratória, de modo que o trânsito em julgado da decisão impugnada, um dos reflexos do não conhecimento dos recursos, ocorre antes mesmo do momento em que se reconhece que o apelo não atende a seus requisitos.

É claro que, para a parcela da doutrina que defende que a natureza do juízo negativo de admissibilidade não é declaratória, a questão merece outra abordagem. As decisões de caráter constitutivo produzem, como regra, efeitos prospectivos, e outra não poderia ser a solução para os casos de não conhecimento dos recursos interpostos a partir da adoção de tal perspectiva. Assim, segundo os autores que entendem como constitutivo-negativa a natureza do juízo negativo de admissibilidade, a decisão que nega conhecimento aos apelos opera apenas efeitos *ex nunc*.

Conforme já explanado no item anterior, assiste razão à doutrina segundo a qual a natureza jurídica do juízo negativo de admissibilidade é declaratória, de modo que, sob esse enfoque, as decisões que negam conhecimento aos recursos, **em princípio**, devem produzir efeitos *ex tunc*.

## 3 - TERMO INICIAL DO PRAZO PARA A RESCISÃO DA COISA JULGADA

Consoante a literalidade do artigo 495 do Código de Processo Civil, "o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão". Trata-se, aparentemente, de assertiva bastante simples, porém, a problemática aqui enfrentada torna-a incitadora de interessante discussão. Nas hipóteses de acumulação de pedidos em uma mesma demanda (1), da existência de prazos recursais diferenciados para as partes (2) ou de não conhecimento de recursos interpostos ao longo do processo (3), não é tão simples determinar o momento do trânsito em julgado material, de maneira que também fica prejudicado o estabelecimento do termo inicial do prazo para a propositura da ação rescisória. É o que se verá a seguir.

**3.1 - CAPÍTULOS DA SENTENÇA**

Os capítulos da sentença são excertos da decisão que se formam a partir da acumulação de pedidos em uma mesma demanda. Assim, a cada um dos pleitos formulados na ação, corresponde uma resposta que consubstancia a prestação da tutela jurisdicional. As múltiplas respostas jurisdicionais contidas em uma mesma sentença representam o que se convencionou chamar de seus capítulos. A discussão a esse respeito reside, pois, na questão do trânsito em julgado material desses capítulos. Poderia cada um deles revestir-se da coisa julgada material em instantes distintos ou o trânsito em julgado material da decisão deve ocorrer em um só momento?

Antes, porém, de se adentrar efetivamente a análise da presente discussão, vale destacar que a repercussão do momento do trânsito em julgado dos capítulos da sentença no termo inicial do prazo para a rescisão da coisa julgada não diz respeito ao cerne do presente trabalho. Na verdade, nada impede que se observe, em um mesmo caso concreto, a influência tanto do juízo negativo de admissibilidade quanto dos capítulos da sentença no prazo para a propositura da ação rescisória. É fato, no entanto, que as duas situações não se confundem. Foi fundamental abordar o tema, ainda que sucintamente, apenas em virtude de que, não raramente, confundem-se os precedentes jurisdicionais que abordam a questão dos capítulos de sentença em relação à ação rescisória com precedentes que solucionariam a questão relativa ao juízo negativo de admissibilidade.

Feito esse adendo, insta destacar que, segundo a autorizada doutrina do professor Cândido Rangel Dinamarco, o trânsito em julgado dos capítulos da sentença em momentos distintos é possível, conforme se compreende das assertivas que se passa a transcrever:

> Se dentro do prazo um dos capítulos recorríveis vier a ser efetivamente impugnado por recurso, não o sendo o outro, ou outros, é claro que passam em julgado estes e não passa aquele; e isso tanto pode acontecer quando os diversos capítulos de uma sentença são desfavoráveis ao mesmo sujeito ou quando algum for favorável e outros, não[6].

A questão foi ampla e brilhantemente debatida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento dos embargos de divergência no Recurso Especial n.º 404.777/DF, que são frequentemente citados pela doutrina, conforme mencionado alhures, como precedente relativo à questão da repercussão

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119-120.

do juízo negativo de admissibilidade recursal no termo inicial do prazo para a propositura da ação rescisória. Acredita-se que tal equívoco decorra também do fato de que alguns dos ministros que declararam seus votos ao longo daquele julgado também citam precedentes que, na verdade, dizem respeito à questão do juízo negativo de admissibilidade.

De qualquer sorte, o que importa ressaltar a respeito daquele precedente é que o STJ findou por concluir, ao contrário do que entende o professor Cândido Rangel Dinamarco[7], que a sentença é una e que, portanto, todos os seus capítulos sofrem o trânsito em julgado material no mesmo momento, ou seja, no instante em que já não cabe nenhum recurso a qualquer dos capítulos, pondo fim à divergência existente entre suas Turmas. Para a Corte Superior da Justiça Comum, quando não se interpõem apelos à conclusão contida em um ou outro capítulo da sentença e a ação continua[8] em virtude de apelos propostos aos demais capítulos, o que ocorre em relação àqueles é a mera coisa julgada formal, decorrente, por seu turno, da preclusão de seus meios de impugnação recursal.

Vale dizer que, no acórdão proferido no ERESP n.º 404.777- DF, a conclusão do STJ foi também reforçada pelo fato de que, na hipótese concreta enfrentada naquela oportunidade, a causa de pedir que norteava todos os pedidos formulados em acúmulo era a mesma, de maneira que não havia total independência entre os capítulos da sentença. Admitir, portanto, a propositura de ação rescisória enquanto a ação original ainda pendia de decisão em fase recursal poderia implicar latente contradição entre os julgados, já que o mencionado precedente jurisdicional versava sobre hipótese em que se cumulavam pedidos referentes a indenizações por lucros cessantes e danos emergentes, que se fundavam na mesma razão de fato (causa de pedir). Entre os julgadores que votaram no sentido da conclusão alfim adotada pelo STJ, figurava o Ministro Francisco Peçanha Martins, que, a propósito, suscitou a divergência que deu origem à rejeição dos embargos de divergência no RESP n.º 404.777/DF.

Prevalece, portanto, para o Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, no acúmulo de demandas em um mesmo processo que impliquem a existência de diversos capítulos na mesma sentença, o prazo para a eventual propositura da ação rescisória somente se inicia após a configuração da coisa julgada material, que, por seu turno, concretiza-se quando já não caibam recursos a nenhum dos capítulos da decisão, independentemente da preclusão preexistente em relação a alguns deles.

7 DINAMARCO, loc.cit.

8 É bom lembrar que os recursos são considerados extensão do direito de ação.

### 3.2 - PRAZOS RECURSAIS DIFERENCIADOS

Vez por outra, a legislação processual permite que determinados sujeitos disponham de prazos recursais privilegiados. É o caso da Fazenda Pública e das partes assistidas por defensores públicos, que se privilegiam com prazos em dobro para efeito da propositura de recursos. Nessas hipóteses, a preclusão da via recursal para uma das partes, aquela que não dispõe dos prazos privilegiados, ocorre antes da preclusão que se impõe diante daquela que figura no outro polo da demanda.

Fala-se, portanto, que a **preclusão** da via recursal dá-se em **momentos distintos**. A **coisa julgada material**, por outro lado, seguindo-se a mesma linha de raciocínio já esposado anteriormente, configura-se em **um só momento**, que se demarca, pois, no instante em que não mais há possibilidade de interposição de recursos para nenhuma das partes. Assim, mesmo para a parte que dispõe dos prazos regulares, a coisa julgada material somente se configura quando exaurido o prazo privilegiado de que dispõe a outra parte. Nesse sentido, os acórdãos proferidos pelo STJ nos embargos de declaração na Ação Rescisória n.º 1275/SP, julgados em 12 de setembro de 2001, e na Ação Rescisória n.º 1292/MG, julgada em 22 de agosto de 2007.

Assim, em se tratando de processos que envolvam partes às quais se reservam prazos recursais distintos, o prazo para a eventual propositura da ação de rescisória inicia-se em um só momento para todos os interessados, o que se dá no instante em que já não cabe a interposição de recursos até mesmo para a parte que dispõe de prazos mais largos, já que, somente nessa situação, se concretiza a coisa julgada material.

### 3.3 - JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE

Os subitens imediatamente anteriores trataram de hipóteses que também geram polêmicas quando se cuida de estabelecer qual o termo inicial do prazo decadencial para a rescisão da coisa julgada. O cerne do presente artigo, no entanto, reside na necessidade de se concluir de que forma o juízo negativo de admissibilidade repercute na formação da coisa julgada material e, portanto, como influencia o prazo para a propositura da ação rescisória.

A respeito desse tema, já se registrou que, na doutrina, **prevalece** o entendimento de que o juízo negativo de admissibilidade tem natureza jurídica declaratória, de maneira que, em princípio, seus efeitos retroagiriam ao momento em que se configurou a razão do não conhecimento do recurso. Assim, nessa esteira, a coisa julgada material também se mostraria configurada desde aquele instante, residindo, pois, ali o termo inicial do prazo para a rescisão da coisa julgada.

É claro que, para aqueles doutrinadores que consideram como constitutivo-negativo o juízo que nega conhecimento aos recursos, o termo inicial do prazo para a rescisão da coisa julgada será a data do trânsito em julgado dessa decisão, e não da sentença para a qual o apelo foi interposto.

Diante de uma série de intempéries, no entanto, diversos autores, apesar de adotarem a tese de que a natureza do juízo negativo de admissibilidade é declaratória, admitem que a retroação do início do prazo para a propositura da ação rescisória poderia, por vezes, prejudicar de maneira desarrazoada o jurisdicionado. Sabe-se que o juízo de admissibilidade envolve uma série de minúcias e demanda, não raramente, relevante espaço de tempo, de maneira que não seria proporcional exigir dos interessados que propusessem suas demandas rescisórias antes mesmo de saber o resultado do julgamento dos pressupostos de admissibilidade de seus recursos. Trata-se do posicionamento abraçado pela brilhante professora Tereza Arruda Alvim Wambier, conforme se afere dos seguintes excertos extraídos de sua obra:

> O juízo de admissibilidade dos recursos tem natureza declaratória, e, como regra, eficácia *ex tunc*.
>
> Essa afirmação, levada às últimas conseqüências, significaria que, quando o recurso é indeferido (= quando não se conhece do recurso, quando não se conhece do recurso, quando não se o admite), ter-se-ia, na realidade, que este já não cabia quando de sua interposição. Diante disso, a decisão que transitou em julgado teria sido aquela de que se recorreu, no momento em que foi proferida, e não a decisão que considerou inadmissível o recurso dela interposto.
>
> Esta contudo não é a nossa opinião. Segundo nosso entendimento, o prazo para ajuizamento da ação rescisória não tem curso enquanto não julgado o recurso interposto – ainda que este recurso, ao final, não seja conhecido –, pois, enquanto tramitar o recurso, haverá litispendência.
>
> Para aqueles que sustentam opinião segundo a qual a coisa julgada ocorre no momento em que foi proferida a decisão, cujo recurso não foi admitido, cria-se situação iníqua, pois a parte está de mão atadas enquanto tramita o recurso. Fosse adotada essa tese, se a tramitação do recurso durar mais de dois anos, quando sobrevier a decisão de inadmissibilidade, o prazo para a ação rescisória já se terá escoado, pois só neste momento é que se virá a

> saber que, na verdade, terá sido a decisão recorrida que transitou em julgado[9].

De tal concernimento, a propósito, parece comungar a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em nome de valores como a boa-fé do jurisdicionado, a segurança jurídica, a economia processual, a razoabilidade etc., tem admitido que o fluxo do prazo para a rescisão da coisa julgada somente se inicie a partir do trânsito julgado da decisão que julga o último recurso interposto na ação, ainda que o faça no sentido de negar-lhe conhecimento. Quanto ao Supremo Tribunal Federal (STF), aparentemente, seu entendimento é em sentido contrário.

#### 3.3.1 - O ENTENDIMENTO DO STF

As matérias tipicamente analisadas pelo Supremo Tribunal Federal em virtude de suas competências constitucionais tornam pouco constante o enfrentamento, por aquela Corte, da polêmica abordada no presente artigo. Entende o STF, não raramente, que a questão retrata controvérsia infraconstitucional, o que leva ao não conhecimento de diversos feitos encaminhados àquele órgão em grau de recurso. Nesse sentido, o AI-AgR n.º 394848/PA[10].

De qualquer sorte, há esparsos julgados em que a Corte Suprema aborda a questão. Em precedentes bastante antigos, a orientação do Tribunal tendia para a ideia de que a inadmissibilidade causada pela intempestividade seria a única capaz de justificar a retroação da data do trânsito em julgado. A seguir, seguem colacionadas ementas que retratam tal entendimento:

> AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO: INÍCIO. ART. 495 DO CPC. SE AGRAVO DE INSTRUMENTO FOI INTERPOSTO PARA QUE RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBISSE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MAS *TAL INTERPOSIÇÃO FOI INTEMPESTIVA*, O LAPSO TEMPORAL PARA O AJUIZAMENTO DA RESCISÓRIA É CONTADO A PARTIR DO TÉRMINO DO PRAZO DENTRO DO QUAL DEVERIA TER SIDO AJUIZADO O AGRAVO, POIS, AO FINDAR-SE ELE, TRANSITOU EM JULGADO O ACÓRDÃO IMPUGNADO[11].

9 WAMBIER, 2008, p. 70-71.

10 STF. AI-AgR n.º 394848/PA. Segunda Turma. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento em 10 de setembro de 2002. **DJ**, 18 out. 2002.

11 STF. RE n.º 103049/SP. Segunda Turma, unânime. Rel. Min. Aldir Passarinho. Julgamento em 7 de outubro de 1986. **DJ**, 14 nov. 1986, página 22151, grifo nosso.

DECADÊNCIA – AÇÃO RESCISÓRIA – BIÊNIO – TERMO INICIAL – RECURSO – NÃO CONHECIMENTO. A rescisória pressupõe o trânsito em julgado da sentença (gênero) rescindenda. A impertinência de recurso interposto, *excepcionada a temporal*, obstaculiza a preclusão maior. Precedentes: ações rescisórias n.ºs 1.049-GO e 1.032-RJ, relatadas pelos Ministros Moreira Alves e Djaci Falcão, cujos acórdãos foram veiculados na Revista Trimestral de Jurisprudência n.º 107/19 e no Diário da Justiça de 27 de fevereiro de 1987, respectivamente, e embargos em recurso extraordinário n.º 92.816-SC, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, cujo acórdão restou publicado no Diário da Justiça de 12 de agosto de 1983. DECADÊNCIA – CITAÇÃO TARDIA – EFEITO. Dentre as hipóteses em que admissível a citação após o prazo decadencial, distinguem-se aquelas ligadas a ato ou fato estranho ao campo de atuação reservado ao autor, quando impossível é falar de decadência, que, de resto, mostra-se incidente quando a citação tardia haja resultado de inércia do autor considerado um certo ônus processual. Precedentes: ações rescisórias n.ºs 1.105-RS e 1.030-SP, relatadas pelos Ministros Alfredo Buzaid e Moreira Alves, cujos acórdãos foram veiculados nos Diários da Justiça de 22 de junho de 1984 e 20 de novembro de 1981, respectivamente. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEI LOCAL. À luz da Constituição de 1969, a violência à lei federal, intermediada pelo desrespeito à norma local, não impulsionava o extraordinário – verbete de n.º 280 da Súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. AÇÃO RESCISÓRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ACÓRDÃO RESCINDENDO – AÇÃO POPULAR. Tratando-se de rescisória ajuizada contra acórdão proferido em ação popular julgada procedente, descabe a condenação dos autores desta e réus na rescisória ao pagamento dos honorários advocatícios, a menos que exsurja a iniciativa em propô-la, como configuradora de procedimento de má-fé[12].

12 STF. AR n.º 1178/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 3 de maio de 1995. **DJ**, 30 ago. 1996, página 30604, grifo nosso.

Mais recentemente, porém, o órgão pleno do Supremo Tribunal Federal, já com sua atual composição[13], confirmou, na Ação Rescisória n.º 1472-8/DF, o entendimento no sentido da aplicação irrestrita da ideia de que o termo inicial do prazo para a rescisão da coisa julgada é a data do trânsito em julgado da decisão recorrida, e não a data do trânsito em julgado da decisão que nega conhecimento ao recurso interposto a ela, qualquer que tenha sido a razão da inadmissibilidade.

Vale consignar, de outro lado, que o Ministro Cesar Peluso abriu divergência no julgado citado, acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, para assentar, conforme precedentes da Corte, que somente a intempestividade seria capaz de justificar o estabelecimento do termo inicial do prazo para a ação rescisória na data do trânsito em julgado da decisão recorrida, sob pena de se surpreender o jurisdicionado com a negativa de conhecimento do recurso já próximo ou após o término do ínterim em que se lhe permite rescindir a coisa julgada.

Parece, pois, bem mais razoável o entendimento divergente suscitado no julgado, já que tem em conta não só a natureza do juízo negativo de admissibilidade, mas tantos outros aspectos que regem a atuação jurisdicional do Estado e que asseguram ao jurisdicionado de boa-fé uma série de prerrogativas. Vale, porém, acrescentar, com a devida vênia, que, ao contrário do que argumenta o Ministro Cesar Peluso, mesmo em se tratando da intempestividade, pode haver fundadas dúvidas sobre os argumentos que a envolvem. Dessa maneira, ainda que sob tal hipótese, deve-se ponderar se os princípios que regem o processo permitem a retroação dos efeitos na negativa de admissibilidade dos recursos.

**3.3.2 - O ENTENDIMENTO DO STJ**

Conforme bem advertiu a professora Tereza Wambier[14], a aplicação indiscriminada da retroação dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade pode gerar anacronismos que, como efeitos reflexos, afetam direitos assegurados ao jurisdicionado pela ordem jurídica vigente. Nesse contexto, parece bem mais sensível e justa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que se revela majoritário o entendimento de que, diante de determinados valores jurídicos, possa-se considerar, como termo inicial do prazo para a propositura da ação rescisória, a data do trânsito em julgado da decisão que nega conhecimento ao recurso interposto. Nesse sentido são as decisões cujas ementas seguem a seguir reproduzidas:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. BIÊNIO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO DO TRÂNSITO EM

13 Não estiveram presentes à sessão os Ministros Celso de Melo, Eros Grau e Menezes Direito.

14 WAMBIER, 2008.

JULGADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 495 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. O termo inicial do prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória é o dia seguinte ao do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. Precedente da Corte Especial.

2. No caso em tela, tendo ocorrido o trânsito em julgado no dia 13/08/1998, o biênio decadencial encerrar-se-ia em 14/08/2000. Ajuizada em 14/08/2000, é de ser reconhecida a tempestividade da ação rescisória em apreço.

3. Recurso especial desprovido[15].

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 495 DO CPC. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE APRECIOU O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO. PRECEDENTES.

1. De acordo com o artigo 495 do Código de Processo Civil, o direito de propor ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida na ação de conhecimento.

2. "Não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso" (EREsp n.º 441.252/CE).

3. O termo inicial para manejo de ação rescisória é o trânsito em julgado da ação de conhecimento, que se opera após o transcurso in albis do prazo para recorrer ou com o julgamento do último recurso interposto, mesmo que este não tenha sido conhecido ante a inobservância de requisito legal, como, in casu, a irregularidade na representação processual. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido[16].

Da leitura do inteiro teor dos acórdãos cujas ementas seguem acima transcritas, infere-se que o STJ invoca uma série de fundamentos, uns jurídicos,

15 STJ. REsp n.º 607917/AL. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento em 11 de setembro de 2008. **DJE**, 29 set. 2008.

16 STJ. AgRg no REsp n.º 958333/RS. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em 17 de dezembro de 2007. **DJ**, 25 fev. 2008, p. 384. Ver ainda: REsp n.º 765823/PR, REsp n.º 784166/SP, REsp n.º 917671/SC, REsp n.º 765823/PR, REsp. n.º 543368/RJ e EResp n.º 441252/CE.

outros práticos, para justificar a não retroação dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade em relação ao termo inicial do prazo para a rescisória. São eles: a excepcionalidade das situações enfrentadas, a boa-fé do jurisdicionado, a segurança jurídica, a economia processual, a instrumentalidade do processo e o julgamento da inadmissibilidade dos recursos após o término do prazo para a propositura da rescisória.

Estando, portanto, presentes tais valores ou situações e, ainda, não se observando "evidente" ou "comprovada" "má-fé", "erro grosseiro" ou "comportamento malicioso" do jurisdicionado, em que pese a inegável natureza declaratória do juízo negativo de admissibilidade, o prazo para a rescisão da coisa julgada deve ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão que o proferiu.

Em relação ao pressuposto recursal da tempestividade, optou-se por tecer comentários em apartado em virtude de se tratar do requisito mais suscetível de ensejar o comportamento malicioso do jurisdicionado. Cientes da intempestividade do recurso, podem os interessados propô-lo com o fim de postergar o início do prazo para a propositura da rescisória. Por isso, a jurisprudência do STJ tem entendido que, quando houver "manifesta intempestividade", a decisão declaratória que nega conhecimento ao recurso produz seus efeitos regulares, ou seja, possui eficácia *ex tunc*.

Somente tem aquela Corte admitido, nas hipóteses de recurso intempestivo, a não retroação dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade, quando houver controvérsia quanto à tempestividade ou dúvida quanto ao prazo. Tanto é verdade que, no AgRg na Ação Rescisória n.º 3.691 (Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27 de junho de 2007), o STJ entendeu que o não conhecimento de embargos infringentes intempestivos não teria o condão de postergar a data do trânsito em julgado da decisão recorrida. Deve-se, pois, ter atenção redobrada no que tange à possibilidade de não retroação dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade, quando se tratar de recuso intempestivo, em virtude de que é nessa hipótese que mais facilmente pode o jurisdicionado jogar com os instrumentos recursais existentes.

De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, tem deixado de lado, em certas ocasiões, a aplicação à risca dos efeitos *ex tunc* do juízo declaratório que nega conhecimento aos apelos. Isso em nome de valores jurídicos, que, a partir de uma ponderação de interesses, têm sido considerados mais valiosos, com o nítido propósito da garantia do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição em favor do jurisdicionado, ao qual se deve assegurar o acesso a todos os instrumentos processuais que oferece o Ordenamento Pátrio.

## 4 - A INEVITÁVEL MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE

Registrou-se, no início do desenvolvimento do presente artigo, que, em relação à natureza do juízo negativo de admissibilidade dos recursos, existem dois entendimentos. Um no sentido de que se trata de um juízo declaratório, e outro no sentido de que se trata de um juízo constitutivo negativo. Qualquer que seja a diretriz adotada, no entanto, a aplicação, à risca, dos efeitos temporais de tal juízo necessitará ser mitigada, sob pena de se criarem situações anômalas no processo, que ora beneficiam, ora prejudicam indevidamente o jurisdicionado.

Na perspectiva da natureza declaratória do juízo, a aplicação natural de seus efeitos *ex tunc* pode prejudicar o jurisdicionado de boa-fé, na medida em que, mesmo o juízo negativo de admissibilidade, demanda, não raramente, considerável tempo até que se o profira. Assim, pode-se surpreender o recorrente com o julgamento no sentido do não conhecimento do apelo quando já findo o prazo para a propositura da rescisória ou quando não lhe fica mais resguardada a fruição dos dois anos completos.

Não se pode, nesse ponto, exigir, em qualquer hipótese, do jurisdicionado que, mesmo sem saber qual o resultado do recurso interposto, providencie, desde já, a propositura da ação rescisória, mesmo porque, como já bem acentuou o STJ, o Ordenamento Brasileiro não admite tal ação em uma modalidade condicional que dependa do resultado do recurso ainda em apreciação.

Por outro lado, na adoção da tese de que o juízo negativo de admissibilidade tem natureza constitutiva negativa, o reconhecimento de efeitos *ex nunc* em tal juízo pode implicar o favorecimento indevido do jurisdicionado. Considerando tal natureza, mesmo que o apelo seja proposto, por exemplo, um ano após o término do prazo para tanto, a decisão que lhe nega conhecimento em virtude da manifesta intempestividade somente geraria repercussão dali em diante, postergando, indevidamente, a data do trânsito em julgado material.

Em uma hipótese ou em outra, não se poderá levar a natureza do juízo que nega conhecimento aos recursos e a eficácia temporal de seus efeitos às últimas consequências. Do contrário, ocorrerão as negativas repercussões de que se cuidou nos parágrafos anteriores.

### 4.1 - FUNDAMENTOS PRÁTICOS E JURÍDICOS

Os apontamentos tecidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça ao longo dos julgados mencionados no presente artigo são de suma relevância para as conclusões a que se pretende chegar. A modulação dos efeitos temporais do juízo negativo de admissibilidade é fundamental para que se vejam respeitados princípios constitucionais que regem a atuação jurisdicional do Estado. A

inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, inciso XXXV) é um desses princípios, de maneira que, quando se fala em processo, é preciso que se a observe, impreterivelmente.

A retirada do jurisdicionado da prerrogativa garantida pelo artigo 495 do CPC – o prazo de 2 (dois) anos para a eventual rescisão da coisa julgada – é medida que viola a inafastabilidade da jurisdição, principalmente quando se tem em conta a boa-fé do jurisdicionado, sua "confiança na eficácia de seu recurso" (REsp n.º 441.252/CE), e, ainda, a impossibilidade de se esperar que, antes mesmo do julgamento do recurso, seja proposta ação rescisória que trate de demanda ainda em curso.

Outrossim, quando se leva em conta o tempo demandado para o julgamento dos requisitos de admissibilidade de recursos, é possível aferir que a surpresa eventualmente incidente sobre o jurisdicionado, a partir, por exemplo, do exaurimento do prazo para a AR antes mesmo do julgamento que nega conhecimento aos apelos, também fere de morte os direitos processuais do cidadão. Isso viola, portanto, a segurança jurídica com que devem contar os nacionais no trato com o Estado em todas as suas funções.

A economia processual exige, também, dos órgãos jurisdicionais a adoção do ponderado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a propositura de ação rescisória ainda quando podem ser acolhidos os recursos pendentes de apreciação é procedimento totalmente contrário às atuais tendências que norteiam as recentes reformas do processo e que buscam a razoável duração do processo, a efetividade na prestação da tutela jurisdicional e a acessibilidade dos órgãos do Poder Judiciário.

Atravancar o Judiciário com demandas rescisórias que talvez nem sequer sejam necessárias ou cabíveis, já que o conhecimento dos recursos implica a existência de litispendência, configura ir de encontro a todo o norte dessa atual tendência, impedindo-se, pois, que os juízos apreciem feitos efetivamente capazes de satisfazer os jurisdicionados.

Do mesmo modo, a instrumentalidade do processo vê-se prejudicada quando se propõe que instrumentos talvez inúteis sejam necessariamente apreciados. O propósito do processo é hoje, assumidamente, atingir a tutela com a entrega do direito material. Não mais se admite o "processo pelo processo", de maneira que a adoção inafastável dos efeitos *ex tunc* do juízo negativo de admissibilidade sem as ponderações bem registradas pelo STJ consiste em entendimento contrário a essa lógica.

Obviamente que o comportamento malicioso do jurisdicionado, com a propositura de recursos manifestamente incabíveis, excessivamente intempestivos e que revelam sua evidente má-fé, faz cair por terra toda a proteção desen-

volvida a partir da conjugação dos princípios aqui mencionados. A ponderação de interesses, que, até então, pendia em favor do jurisdicionado, passa a levar à aplicação dos efeitos naturalmente retroativos da declaração de inadmissibilidade dos recursos.

A modulação de efeitos indiretamente proposta pelo STJ decorre, portanto, de princípios constitucionais que tornam inevitável a adoção desse entendimento. Outra não poderia ser a solução adotada, sob pena de se os verem claramente violados na atuação do Estado.

## 4.2 - CRÍTICAS E CONTRACRÍTICAS À TESE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE

### 4.2.1 - NATUREZA DECADENCIAL DO PRAZO PARA RESCISÃO DA COISA JULGADA

O prazo previsto no artigo 495 do CPC para a rescisão da coisa julgada tem natureza decadencial, conforme entendimento incontestável. Questiona-se, portanto, se, diante das restrições que se impõem aos prazos de tal natureza (impossibilidade de suspensão ou interrupção), poderia a modulação dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade nele repercutir.

Não prospera tal questionamento na medida em que, na verdade, quando se modulam os efeitos do juízo declaratório de inadmissibilidade não se suspende ou interrompe o prazo para a propositura da AR. O que ocorre, nesses casos, é que o ínterim necessário para tanto, nem sequer se inicia até que se configure coisa julgada material. Adotando-se o entendimento majoritário do STJ, não há trânsito em julgado até que se profira a decisão de inadmissibilidade do recurso e sobre ela não caiba mais nenhum apelo, isso se presentes os valores jurídicos que permitem a modulação. Assim, a natureza decadencial do prazo para a rescisão da coisa julgada não funciona como empecilho para que se mitiguem os efeitos, em princípio, retroativos, do juízo negativo de admissibilidade.

### 4.2.2 NECESSIDADE DE REANÁLISE DE MATÉRIA DE FATO

A Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp n.º 441.252, demonstrou seu concernimento com a aplicação de conceitos como boa-fé e má-fé em sede de recurso especial, já que tais questões envolvem a análise de matéria de fato, o que, segundo preconizam os enunciados das Súmulas 5 e 7 do STJ, não deve ser o objeto daquela espécie de apelo extraordinário. Eis aqui os seus dizeres: "A minha conclusão, após lembrar os aspectos técnicos acima, é que a tese do acórdão impugnado, em verdade, leva o STJ a examinar fatos e provas para verificar qual a razão da intempestividade, se o motivo foi justo ou injusto, se houve boa ou má-fé".

Não se pode negar o brilhantismo com foram tecidas tais ponderações pela Ministra. De fato, quando se trata do recurso especial, é vedada a reanálise de matéria probatória. De todo modo, tal restrição aplica-se apenas às mais altas instâncias jurisdicionais, não sendo pertinente quando se trata dos típicos Tribunais de Apelação. Por outro lado, a questão da boa-fé é apenas **um** dos argumentos levantados para a adoção do entendimento hoje majoritário no STJ. A manifesta intempestividade e o evidente descabimento dos recursos, por exemplo, são questões de direito que podem, perfeitamente, ser conhecidas pelo Tribunal.

#### 4.2.3 - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

O entendimento consubstanciado ao longo do presente artigo decorre, conforme se pôde oportunamente demonstrar, da aplicação de princípios constitucionais e da ponderação de interesses que envolvem a natureza do juízo negativo de admissibilidade, a formação da coisa julgada e o termo inicial do prazo para a rescisão da coisa julgada. Trata-se, pois, de interpretação inevitável que, caso não fosse adotada, implicaria a violação de uma série de direitos do jurisdicionado. Nesse contexto, assiste razão ao STJ quando aplica tal entendimento, uma vez que é desnecessária a previsão legal a seu respeito.

## CONCLUSÃO

O juízo negativo de admissibilidade dos recursos apresenta, inegavelmente, natureza declaratória. Assim, em princípio, deveria produzir efeitos *ex tunc*, permitindo, pois, que a coisa julgada se configurasse em momento anterior, contando-se, a partir de então, o prazo para a rescisão da coisa julgada. Em nome, porém, de princípios constitucionais que regem o processo e os direitos do jurisdicionado, tem-se admitido que o não conhecimento do recurso postergue a formação da coisa julgada, sob pena de se surpreender injustamente o recorrente de boa-fé com o fim ou a extirpação de parcela do prazo previsto para a rescisória, o que configuraria medida contrária à inafastabilidade da jurisdição, à segurança jurídica, à proteção dos litigantes de boa-fé, à instrumentalidade do processo e à economia processual.

# A LEGITIMIDADE ATIVA DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Evandro de Aguiar Ribeiro*
Cristina Figueiredo Terezo**

**Sumário:**

Introdução. 1 Da denúncia internacional; 2 Dos requisitos formais da denúncia; 3 Da legitimidade para apresentar a denúncia. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos vem se apresentando como um importante mecanismo para proteção e garantia dos Direitos Humanos nos países do continente americano. As mudanças recentes nos regulamentos dos seus órgãos – Comissão e Corte Interamericana –, a ampliação dos Estados que ratificaram os tratados interamericanos e, por conseguinte, passam a sujeitar-se à jurisdição do Sistema, a vigência de novos tratados de abrangência específica aprovados pela Organização dos Estados Americanos (OEA), aliadas a decisões e recomendações que repercutem diretamente na ordem político-jurídica dos países que as implementam, vêm tornando o sistema de proteção dos Direitos Humanos da OEA um mecanismo único, diverso dos demais sistemas existentes, não podendo ser mais comparado ao sistema europeu.

Diante das recentes democracias fundadas nos países da América Latina e Central, o Sistema Interamericano tornou-se aliado na consolidação de um novo regime de Direito, pautado pela proteção dos Direitos Humanos, determinando aos Estados que adotem medidas, em qualquer esfera do poder público, para reparar violações ou evitar que ocorram novas violações de direitos fundamentais.

Em jurisprudências recentes, pode-se verificar que o Sistema Interamericano vem modificando estruturas domésticas, exigindo dos Estados a adoção de medidas preventivas e/ou repressivas à violação dos Direitos Humanos e interferindo diretamente na administração da justiça interna, o que pode ser vislumbrado nos casos que envolvem leis de anistia[1], alterando de forma significativa a aplicação de legislação e o princípio da segurança jurídica.

* Promotor de Justiça. Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Pará.
** Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Visiting Scholar da American University, Washington College of Law.

1 Cf. casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Barrios Altos *vs.* Peru, Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Guerrilha do Araguaia *vs.* Brasil.

O aumento no número de casos analisados e julgados pela Corte Interamericana, verificado claramente a partir dos anos 90, vem fazendo com que essa Corte seja objeto de estudo de diversos doutrinadores e ainda seja vista como uma instância jurisdicional favorável para discussões sobre a aplicação dos tratados internacionais no plano interno e a constitucionalidade de normas internas à luz dos mesmos instrumentos internacionais. Os debates doutrinários repercutem diretamente da vinculação jurídica dos julgados, das jurisprudências da Corte e na execução de suas decisões, ao passo que o controle de "constitucionalidade convencional"[2] atribuído à Corte interfere na possibilidade de discussão das normas internas que estão em dissonância com os tratados internacionais de Direitos Humanos e a competência desse tribunal para tanto.

Para o Brasil, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um mecanismo de promoção de direitos extremamente recente, pela ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que data de 1992, pela aceitação expressa da jurisdição da Corte Interamericana em 1998 e ainda pela escassa bibliografia sobre o assunto, o que motiva o presente estudo.

## 1 - DA DENÚNCIA INTERNACIONAL

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1969, é formado por dois órgãos principais: Comissão (CIDH) e Corte Interamericana (CorteIDH). O primeiro tem como uma de suas atribuições o recebimento de petições ou denúncias individuais (art. 44 da CADH) para aqueles Estados que tenham assinado a Carta da OEA de abril de 1948, reformulada pelo Protocolo de Buenos Aires (1967), ou mesmo ratificado a CADH[3], cabe portanto, à CIDH a análise das denúncias por violações de Direitos Humanos num primeiro momento e somente após o seu processamento e preenchidos determinados requisitos formais e materiais é que a referida petição individual pode ser recebida pela CorteIDH, a qual exercerá uma de suas funções, nesse caso a contenciosa, ao julgar a demanda internacional.

2 Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

3 Vigoram no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos dois tipos de sistema de petições individuais: o primeiro seria aquele previsto na Carta da OEA de 1948, que funda essa organização internacional, ao qual qualquer Estado signatário do referido instrumento está sujeito, sendo que as petições são processadas tão somente pela Comissão Interamericana, não podendo o Estado ser submetido à jurisdição da Corte, o que ocorrerá no segundo sistema de petições, desta vez amparado pela CADH de 1969, que prevê novas atribuições para a CIDH e cria a CorteIDH. Logo, tão somente no segundo sistema de petições, um Estado demandado perante o Sistema Interamericano pode ser submetido à jurisdição da Corte, desde que também tenha reconhecido sua jurisdição expressamente.

Em razão da existência de tão somente dois órgãos principais e de poucos tratados internacionais em vigência[4], o Sistema Interamericano, comparado ao sistema global, é bem menos complexo e mais efetivo quanto ao cumprimento das suas decisões e recomendações, além de possuir como um dos seus idiomas oficiais o português, facilitando assim o acesso pelos brasileiros.

## 2 - DOS REQUISITOS FORMAIS DA DENÚNCIA

A denúncia internacional perante a CIDH exige, em regra geral, menos formalidades que na jurisdição interna, vez que o peticionário, por exemplo, não necessita constituir advogado para que seu caso seja analisado pela CIDH[5]. As petições serão aceitas pela Comissão observando o procedimento contencioso previsto na CADH, no seu Estatuto e Regulamento, até alcançar seu provimento final.

A petição individual tem de observar a forma escrita, embora a CADH não disponha de norma expressa sobre essa obrigatoriedade, o que pode resultar em admissão, em circunstâncias excepcionais, de denúncias formuladas oralmente, quando da realização das audiências durante seu período de sessões ordinárias, ou mesmo quando da ocorrência das missões *in loco*.

A petição individual deve conter, de acordo com o artigo 28 do Regulamento da CIDH, os dados do peticionário, a descrição dos fatos, a relação dos direitos dispostos nos instrumentos de abrangência geral ou específica que tenham sido violados, o nome da vítima, quando possível, o nome da autoridade local que tenha tido conhecimento das violações, ou tenha cometido tais violações, e o nome do Estado demandado.

A identificação dos peticionários poderá ser mantida em sigilo, a fim de resguardar aquele que informou da violação ocorrida, com base no artigo 28 'B' do Regulamento da CIDH.

Caso haja omissão em alguns dos dados supracitados, a Comissão pode, em conformidade com o artigo 26 (2) do seu Regulamento, determinar que o

4 Instrumentos de abrangência geral: Convenção Americana de Direitos Humanos e Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Instrumentos de abrangência específica: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos Relacionada à Abolição da Pena de Morte; Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

5 Para admitir as petições, a CIDH vem solicitando que os peticionários demonstrem relação com as vítimas ou seus familiares para atribuir credibilidade à denúncia, bem como, em caso de cumprimento das recomendações da CIDH, que as vítimas ou familiares sejam localizados, conforme está previsto no artigo 23 do Regulamento da Comissão.

peticionário retifique a petição inicial, corrigindo tais falhas, para que ela siga, posteriormente, o trâmite normal[6].

Entre os requisitos formais que a petição individual deve preencher, pode-se citar a demonstração de inexistência de litispendência internacional, o prazo para apresentar a denúncia e o esgotamento dos recursos internos.

A inexistência da litispendência internacional (art. 46 (1) 'C' da CADH) comprova-se pela simples declaração de que a presente denúncia não está sendo apreciada por um segundo sistema de proteção aos Direitos Humanos, por meio de outro órgão internacional[7], que tenha legitimidade para apreciá-la e apresentar recomendações ou proferir decisão quanto ao mérito da denúncia.

No que se refere ao esgotamento dos recursos internos, tal regra justifica-se pela atuação subsidiária do Sistema Interamericano para com os recursos disponíveis internamente nos Estados-membros, conforme preconiza a CADH em seu preâmbulo[8].

A regra de esgotamento de recursos internos tem fundamento no Direito Internacional Público, fazendo parte de uma prerrogativa diplomática do Estado, que remonta à época medieval, em que se buscavam as vias internas de reparação antes da realização de retaliações, sendo aplicada em situações que versassem sobre um estrangeiro lesado e o Estado de residência, principalmente quando envolviam relações comerciais ou políticas.

A responsabilidade do Estado-parte perante a comunidade internacional, independentemente da nacionalidade do peticionário, diante de uma violação de Direitos Humanos, que somente ocorrerá quando os recursos internos forem

6 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual**. 1974 e 1975. Caso n.º 1.789, que versa sobre a detenção arbitrária de Paul Stuart Wright ocorrida em setembro de 1973. Disponível em: <http://www.cidh.org>. Acesso em: 15 jan. 2005. Em 30 de outubro de 1973, foi feita denúncia perante a CIDH e, em abril de 1974, como o governo brasileiro ainda não se havia manifestado sobre o caso, a CIDH então decidiu solicitar aos peticionários novas informações que não estavam claras na petição inicial sobre os procedimentos judiciais internos acionados e se tais recursos tinham sido exauridos.

7 Além de o Brasil ter admitido a competência da CIDH para processar petições individuais ao ratificar a CADH em 1992, as denúncias podem ser apresentadas no âmbito do sistema global de proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas. O Brasil, ao aderir aos Protocolos Facultativos da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição e à Pornografia Infantil, da Convenção sobre Direitos de Pessoas com Deficiência e Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, permitiu o envio de petições individuais aos respectivos Comitês da Organização das Nações Unidas (ONU), os quais têm competência também para receber e processar as petições.

8 Reconhecendo que os direitos essenciais do ser humano derivam, não do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que se justifica uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar à que oferece o direito interno dos Estados americanos.

esgotados, consubstanciou-se no Direito Internacional Público consuetudinário no final do século XIX.

No tocante à violação aos Direitos Humanos que não tenham uma solução definitiva interna ou que não estejam em conformidade com os instrumentos internacionais para sua proteção[9], os sistemas internacionais funcionam como mecanismos subsidiários. Se houver meios internos de decidir de forma definitiva sobre tais casos, estes não serão admitidos como violações do Direito Internacional, fazendo com que a regra exista, em primeira instância, para beneficiar o Estado[10].

Em conformidade com os princípios do Direito Internacional Público, é um direito do Estado arguir que os recursos internos não foram esgotados, devendo invocá-lo de forma explícita; ao revés, entender-se-á que renunciou tacitamente a tal direito[11] e, uma vez pronunciada a renúncia, entende-se irrevogável. Sendo invocada a regra de esgotamento dos recursos internos, é o Estado que tem o ônus de demonstrar quais os recursos deveriam ter sido exauridos pela parte.

Outra justificativa para a existência da regra, de acordo com entendimento da Corte Interamericana, reside na obrigação que os Estados-partes têm de colocar à disposição das vítimas recursos judiciais eficazes, principalmente naqueles casos de iminente violação de direito. Portanto, sob este aspecto, a regra de esgotamento dos recursos internos vem a beneficiar o indivíduo, de modo a fazer com que os mecanismos internos possam atender de pronto seu pedido de tutela.

A regra de esgotamento de recursos internos configura-se em mais um requisito de admissibilidade para que a petição possa ser admitida pela CIDH, devendo o Estado argui-la preliminarmente em sua defesa. Logo, caso a Comissão entenda que havia recursos internos que poderiam ter sido acessados pela vítima, nada impede que o peticionário ingresse novamente com a denúncia, observando, posteriormente, o prévio esgotamento desses recursos.

Ao se aplicar a regra do esgotamento, devem-se primeiramente identificar quais os meios que deveriam ter sido acionados internamente. O artigo 46 da

9 Em 1959, a regra tornou-se pacífica num caso julgado pela Corte Internacional de Justiça, envolvendo os Estados Unidos e a Suíça (caso *Interhandel*). Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2. ed. atual. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997, p. 76-79.

10 Ibid., p. 48.

11 Tal questão foi pela primeira vez debatida em 13 de novembro de 1981, no Caso Asunto de Viviana Gallardo e outras, parágrafo 26. A Corte Interamericana assim entendeu: "segundo os princípios do Direito Internacional genericamente reconhecidos e pela prática internacional, a regra que exige o prévio esgotamento dos recursos internos está concebida em benefício do Estado, pois procura dispensá-lo de responder diante de um órgão internacional por atos que lhe imputem, antes de haver tido a oportunidade de remediá-los com seus próprios meios. É, portanto, considerado um meio de defesa (do Estado) e como tal, renunciável, mesmo de modo tácito".

CADH é elucidativo ao dispor sobre os recursos que deveriam ser exauridos; trata-se dos recursos da jurisdição interna, cuja competência de apreciação cabe ao Poder Judiciário local.

Em sua jurisprudência, a Corte Interamericana entende que o peticionário não necessita exaurir todos os recursos para observar a regra do artigo 46 (2) da CADH, distinguindo os recursos entre ordinários e extraordinários e admitindo que somente os primeiros deverão ser esgotados, pois podem reparar o dano de pronto[12]. Os referidos recursos ordinários devem ainda, conforme o disposto no artigo 46 (2) 'A' da CADH, ser adequados e eficazes. A Corte Interamericana entende por recursos adequados[13]:

> [...] que a função desses recursos, dentro do sistema do direito interno, seja idônea para proteger a situação jurídica infringida. Em todos os regulamentos internos, existem múltiplos recursos, mas nem todos são aplicáveis em todas as circunstâncias. Se, em um caso específico, o recurso não é adequado, é óbvio que não deve esgotá-lo. Assim, indica o princípio de que a norma está encaminhada a produzir um efeito e não pode ser interpretada no sentido de que não produza nenhum resultado ou que seu resultado seja manifestamente absurdo ou sem razão[14].

12 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Cantoral Benavides, sentença de 3 de setembro de 1998, parágrafo 33.

13 O caso nº. 11.820, que tramita na Comissão Interamericana, versa sobre o massacre de trabalhadores rurais em 1996, no município de Eldorado dos Carajás, Estado do Pará. Os peticionários são o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST). No entendimento da Comissão, trata-se de um exemplo de recursos internos inadequados, uma vez que a legislação brasileira atribui à polícia civil o dever de investigar crimes, mesmo aqueles praticados por policiais, o que ocorreu no caso do massacre em Eldorado dos Carajás.

14 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 64.

Ademais, o recurso, conforme está previsto na CADH, deve ser eficaz. Também em um julgado, tecendo considerações sobre esse requisito, a Corte assim caracteriza o recurso eficaz[15]:

> [...] capaz de produzir o resultado para o qual foi concebido. [...] o mero fato de um recurso interno não resultar favorável ao reclamante não demonstra, por si mesmo, a inexistência ou o esgotamento de todos os recursos internos eficazes, pois poderia ocorrer, por exemplo, que o reclamante não houvesse recorrido oportunamente ao procedimento apropriado.
> O assunto toma outro rumo, contudo, quando se demonstra que os recursos são rejeitados sem chegar ao exame da validade dos mesmos, ou por razões fúteis ou se for comprovada a existência de uma prática ou política regulada ou tolerada pelo poder público, cujo efeito é o de impedir certos demandantes da utilização dos recursos internos, que normalmente estariam ao alcance dos outros. Em tais casos, ao recorrer a esses recursos, transforma-se em uma formalidade sem sentido[16].

As exigências de adequação e de eficácia dos recursos internos estão diretamente relacionadas com as excepcionalidades da regra de esgotamento previstas no artigo 46 (2) da CADH, quais sejam: "(1) não existir na legislação interna

15 O caso n.º 11.598 é um exemplo de recurso interno ineficaz. O caso versa sobre o homicídio do menor Alonso Eugênio da Silva pelo policial militar Nivaldo Vieira Pinto ou pelo agente de segurança que o acompanhava, na cidade do Rio de Janeiro, em 8 de março de 1992. Na versão do policial, ele foi obrigado a disparar contra o menor, que teria resistido à sua ordem de detenção quando tentava assaltar um restaurante. Por outro lado, garçons da churrascaria onde ocorreu o assassinato contaram que Alonso havia ido comprar um sanduíche quente e que, ao sair, não pôde mostrar o recibo de pagamento. Um dos garçons acreditou no que o menor dizia, liberando-o, mas outro desconfiou, e começaram a discutir. Declararam ainda que alguém chamou a polícia e que esta chegou e disparou à queima-roupa. O peticionário afirma que, ao procurar obter informações sobre o andamento do inquérito policial na Delegacia, foi informado de que o expediente se extraviara. A CIDH entendeu que o Brasil violou os artigos 1º, 25 e 18 da Declaração e 8, 25 e 1º (1) da CADH, pois considerou, fundamentalmente, que houve ineficiência, negligência e omissão por parte das autoridades nas investigações, o que culminou na demora injustificada para concluir o inquérito policial. A Comissão Interamericana entendeu que os recursos disponíveis internamente não eram eficazes, sendo impossível, de acordo com a CIDH, esgotar os recursos internos: "os peticionários informaram que, apesar de o inquérito policial ter sido iniciado em 9 de março de 1992, e de haverem transcorrido mais de três anos e meio desde então até a data da petição, a investigação ainda não fora concluída. A legislação penal brasileira fixa um prazo de 30 dias para a conclusão do inquérito policial, cujo prazo pode ser prorrogado mediante autorização do juiz, o que não ocorreu neste caso. A Comissão, para os efeitos da admissibilidade, considera que o procedimento de investigação referente ao inquérito policial se prolongou excessivamente, sem indício algum de que o Governo se proponha aprofundar ou acelerar a investigação dos fatos".

16 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentença de 29 de julho de 1988, parágrafos 66-68.

do Estado de que se tratar o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alega tenham sido violados; (2) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele, impedido de esgotá-los; (3) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados casos".

A primeira exceção trata da inexistência de instrumentos jurídicos que possam reparar o dano causado à vítima e está intrinsecamente relacionada com a matéria de mérito, visto que os artigos em regra alegados pelos peticionários como violados versam sobre proteção judicial. Nesse aspecto, a Corte sustenta que:

> A regra do prévio esgotamento dos recursos internos, na esfera do direito internacional dos direitos humanos, tem certas implicações que estão presentes na Convenção. Com efeito [...] quando se invocam certas exceções à regra do não esgotamento dos recursos internos, como são a ineficácia de tais recursos ou a inexistência do devido processo legal, não somente se está alegando que o peticionário não está obrigado a interpor tais recursos, mas que indiretamente se está imputando ao Estado uma nova violação às obrigações contraídas pela Convenção. Em tais circunstâncias a questão dos recursos internos se aproxima sensivelmente da matéria de fundo[17].

A segunda exceção diz respeito à impossibilidade de acessar os recursos internos e a última exceção admitida na Convenção para o ingresso de denúncia sem exaurir os recursos internos refere-se à demora injustificada, sendo que esta ocorre quando os prazos dos procedimentos judiciais domésticos se prolongam de maneira injustificada.

A Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceram uma série de critérios ou considerações que devem ser levados em conta para determinar se, no caso, houve ou não atraso injustificado na prestação da tutela jurisdicional. São estes os critérios estabelecidos para determinar a razoabilidade do prazo: (1) a complexidade do caso; (2) a conduta da parte prejudicada com relação à sua cooperação no andamento do processo; (3) a forma pela qual tramitou a etapa de instrução do processo; (4) a atuação das autoridades judiciais[18].

17 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentença em 26 de junho de 1987, exceções preliminares, parágrafo 91.

18 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual**. 2000. Caso n.º 11.286, parágrafo 159. Disponível em: <http://www.cidh.org>. Acesso em: 25 jan. 2005.

Como foi mencionado anteriormente, recursos internos versam sobre os procedimentos judiciais que devem ser observados previamente para se ingressar com uma petição diante da Comissão. Contudo, casos cujos inquéritos policiais encontram-se paralisados ou não são concluídos dentro do prazo legal também são objeto de denúncia na OEA, independentemente de se tratar de um procedimento administrativo ou judicial[19], fazendo da Comissão Interamericana um tribunal de recurso e não complementar.

A Corte Interamericana também tem adotado critérios amplos e flexíveis ao analisar as regras do artigo 46 (2) da CADH, motivada pela promoção e pela defesa dos Direitos Humanos, sustentando que as exceções retromencionadas seriam meramente ilustrativas e não taxativas, havendo, portanto a possibilidade de existirem outras exceções ao artigo 46 (2)[20].

A Comissão, por outro lado, entende que, sempre que existir um caso geral sobre violação de Direitos Humanos, não há necessidade de se exaurirem os recursos internos, uma vez que, se em um Estado-parte houver uma situação genérica de violação de Direitos Humanos, torna-se presumível que nesse país os recursos internos são inadequados e ineficazes e que a exigência de observância da regra apenas constituiria mais um obstáculo para a promoção dos Direitos Humanos[21].

As exceções previstas no artigo 46 (2) da Convenção, portanto, têm-se apresentado como dispositivos meramente exemplificativos, à luz da jurisprudência da Comissão e da Corte, possibilitando que outros casos individuais de violações de Direitos Humanos possam ser admitidos sem observância do prévio esgotamento dos recursos internos e de suas exceções, tendo em vista a promoção e a defesa dos Direitos Humanos.

Torna-se mister mencionar que, em primeira instância, a obrigação de comprovar que os recursos internos foram exauridos cabe a ambas as partes no Sistema Interamericano. Logo, o peticionário, ao fazer a denúncia, deve comprovar quais os recursos internos que foram esgotados ou, ainda, se alega alguma das exceções do artigo 46 (2) da CADH, deve apresentar evidências. Entretanto, se o Estado afirma em sua defesa que os recursos internos não foram exauridos,

19 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual**. 1998. Relatório de admissibilidade n.º 77/98. Caso n.º 11.556 (Corumbiará). Disponível em: <http://www.cidh.org>. Acesso em: 20 jan. 2005; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual**. 1998. Relatório de admissibilidade n.º 78/98. Caso n.º 11.566 (Favela Nova Brasília). Disponível em: <http://www.cidh.org>. Acesso em: 20 jan. 2005.

20 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentença de 26 de junho de 1987, parágrafo 87.

21 LESDEMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**: aspectos institucionales y procesales. 2. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 240.

cabe a ele demonstrar quais procedimentos judiciais deveriam ter sido previamente acionados e sua eficácia.

Como já se esclareceu anteriormente, o Estado somente pode arguir tal exceção preliminarmente, não podendo assim mais fazê-la no transcurso do procedimento contencioso. No entanto, existe uma discussão doutrinária acerca da possibilidade de a Corte Interamericana rediscutir, quando o caso alcançar a sua esfera jurisdicional. Cançado Trindade entende que, se a matéria que versa sobre as condições de admissibilidade da denúncia já foi discutida e decidida, tendo sido dada às partes a oportunidade de se manifestarem sobre esse assunto, a Corte não deve enfrentar novamente tal questão. Além disso, para o ex-juiz-presidente da Corte, a arguição da regra é o momento que o Estado-parte tem para tentar reparar os danos da violação, antes que a Comissão analise o mérito da causa. E, se a Corte começar a reconsiderar questões de admissibilidade da petição, o processo, que tem por objetivo ser ágil e reparador, não atingirá a finalidade proposta[22]. Já para Héctor Lesdema, quando as exceções dispostas no artigo 46 (2) da Convenção tenham relação intrínseca com o mérito da denúncia, o requisito de condição de admissibilidade pode ser reexaminado pela Corte:

> [...] quando a Comissão houver recusado esta exceção com base na inexistência de recursos disponíveis na esfera interna, ou ter verificado que as autoridades estatais impediram o acesso aos mesmos, e esta exceção estiver relacionada com a questão de mérito fundada na denúncia, é difícil entender que a Corte carece de competência para se pronunciar sobre esta matéria e reexaminar o que foi decidido pela Comissão[23].

No tocante ao prazo para a apresentação da petição individual, de acordo com o artigo 46 (1) 'B' da CADH, deve-se observar o prazo do último ato judicial realizado na jurisdição interna, ou mesmo de um ato administrativo que impossibilite o ingresso posterior do procedimento judicial, a partir do qual se contará o período de seis meses para o envio da petição.

A Corte Interamericana tem entendido que esse prazo não pode ser contado de forma excessivamente formal, de modo a comprometer o acesso à ju-

22 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Castillo Páez, sentença de 30 de janeiro de 1996.
23 [...] cuando la Comisión ha rechazado esta excepción sobre la base de la inexistencia de recursos disponibles en la esfera interna, o ha dado por establecido que las autoridades del estado han impedido el acceso a los mismos, y esta excepción se une a la cuestión de fondo planteada por la denuncia, es difícil pretender que la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre esta materia y reexaminar lo decidido por la Comisión. LESDEMA, 1999, p. 245.

risdição internacional, proporcionando mais uma vez uma interpretação flexível sobre aplicação dos dispositivos da CADH em casos concretos[24].

Já para os membros da Comissão, assim como a regra de esgotamento dos recursos internos apresenta algumas exceções, a obrigatoriedade de observar o prazo de seis meses também garante algumas situações excepcionais em que não necessita ser verificada, apenas a petição deve ser apresentada dentro de um prazo que a Comissão entende como "razoável".

As excepcionalidades previstas no artigo 46 (2) da CADH também são extensivas à regra do prazo de seis meses para o envio da denúncia. Logo, não necessita o peticionário observar o prazo de seis meses quando: "(1) não existir na legislação interna do Estado de que se tratar o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alega tenham sido violados; (2) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos de jurisdição interna, ou houver sido ele, impedido de esgotá-los; (3) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados casos".

## 3 - DA LEGITIMIDADE PARA APRESENTAR A DENÚNCIA

Conforme observado nos requisitos formais previstos na CADH para apresentar a petição individual, descritos acima, o referido instrumento internacional autoriza qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidades não governamentais a propor denúncia inicial perante a Comissão Interamericana, de acordo com o artigo 44 da CADH[25]. Acrescente-se a isso que o Regulamento da CIDH solicita autorização por escrito da vítima ou familiar seu, para que qualquer pessoa efetue a representação no processo internacional[26]. Em ambos os dispositivos legais, toda pessoa estaria legitimada a propor petição individual, estando ela vinculada ou não a uma organização não governamental.

Como tais artigos autorizam qualquer pessoa a ingressar com a denúncia, problematiza-se a possibilidade de agentes e advogados públicos de peticiona-

24 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Neira Alegría e outros, sentença de 11 de dezembro de 1991, exceções preliminares, parágrafo 31.

25 Artigo 44: "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte".

26 Artigo 23: "Apresentação de petições. 1. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos Direitos Humanos reconhecidos, conforme o caso, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. *O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão*" (grifo nosso).

rem junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em representação de vítimas ou familiares que tiveram seus Direitos Humanos violados. Não há vedação expressa em dispositivos dos referidos textos internacionais. No entanto, a Comissão Interamericana tem-se pronunciado a respeito de agentes públicos quando das audiências em seus períodos ordinários de sessões. Para alguns Comissionados, a presença de agentes do Estado nas audiências ao lado dos peticionários, como forma de reiterar argumentos aduzidos na lide ou de esclarecer fatos, não é muito bem recepcionada, já que seria controvertida uma demanda internacional contra um Estado-parte, tendo como "assistentes" do peticionário agentes desse mesmo Estado. Tal situação demonstra-se às vezes constrangedora, por não restar claro para os Comissionados o interesse desse agente na demanda, e, por conseguinte, acaba por reduzir a credibilidade dos peticionários.

Ocorre que há instituições públicas no Brasil, construídas com base nos princípios de um Estado democrático, voltadas para a garantia dos direitos dos cidadãos brasileiros, as quais têm legitimidade interna para a propositura de ações judiciais. Instituições como Defensoria Pública e Ministério Público estaduais têm competência para defender judicialmente interesses da sociedade brasileira, não importando a matéria ou mesmo em situações expressamente previstas em normas internas.

A competência e as atribuições de determinadas instituições, embora governamentais, nunca estiveram claramente explicitadas para a Comissão nas petições brasileiras que foram analisadas por ela, tendo em vista que até então tais entidades não se apresentavam como co-peticionários ou mesmo peticionários, mas tão somente como convidados nas sessões das audiências públicas da CIDH. No entanto, há registro de dois casos divulgados formalmente, que consta nos relatórios anuais da Comissão Interamericana de 2007 e de 2008, sendo que o primeiro (2007) foi apresentado pelo Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) – que na época ainda desempenha as funções da Defensoria Pública – juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional[27].

Em 2007, a Comissão, no informe n.º 59/07, declarou a petição do caso em epígrafe inadmissível, por entender que os recursos acessados pela suposta vítima eram efetivos; no tocante à legitimidade dos peticionários para apresentar a denúncia, a CIDH pronunciou-se de forma genérica, afirmando que os peticionários preenchiam os requisitos dos artigos 44 da CADH e 23 do Regulamento da CIDH, não se referindo, portanto, de forma específica à legitimidade da PGE-SP para a propositura da petição.

27 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual**. 2007. Petição n.º 12.293.

O segundo caso, ao revés foi analisado e admitido pela Comissão e trata de meninos que cumpriam medidas sócio-educativas no Centro de Triagem e Recepção do Estado do Rio de Janeiro, local onde sofriam torturas e abusos por parte dos servidores desta instituição. Os fatos chegaram ao conhecimento da Defensoria Pública que ingressou com as medidas administrativas e judiciais cabíveis; passados três anos, nenhuma ação efetiva por parte do Estado havia sido realizada para reparar os danos e evitar novas violações direitos e tampouco o processo judicial havia sido concluído. Diante disso, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através do seu Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, ingressou com petição junto a CIDH alegando violação aos artigos 5º, 19 e 25 da CADH, declarando-se ente legítimo para representar as vítimas e que a petição deveria ser admitida pela exceção à regra do esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46 (2) 'C' da CADH. A petição foi declarada admitida em julho de 2007 pela CIDH e publicada no seu relatório anual de 2008. Na oportunidade, a Comissão reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública, considerando-a representante das vítimas na lide internacional[28].

Os precedentes mencionados possibilitam que outras instituições brasileiras que defendam os direitos fundamentais dos cidadãos possam recorrer ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para evitar que violações ocorram ou mesmo para reparar direitos que tenham sido violados pelo Estado brasileiro.

Nos casos em apreço, impende ressaltar a importância de mais de um peticionário como forma de demonstrar que a matéria discutida na demanda é relevante para a sociedade brasileira, reforçando que os peticionários possuem credibilidade interna. Nesse sentido, grupos, comissões, centros institucionais, em parceria com outros entes, são bem mais aceitos pela Comissão, tendo em vista que as alegações apresentadas em conjunto transmitem maior confiabilidade. Outrossim, vale mencionar que, em situação de instituições públicas, como Ministério Público e Defensoria Pública, é importante demonstrar suas competências legais para a representação judicial da suposta vítima internamente e ainda sua manifestação escrita, autorizando sua representação pelo membro da instituição perante tal órgão internacional, por força do artigo 23 do Regulamento da CIDH.

Cumpre esclarecer que, muito embora haja os precedentes indicados nos casos em comento, a Comissão tampouco a Corte Interamericana não se pronunciaram em casos brasileiros de forma detida sobre a legitimidade de tais instituições. No entanto, considerando a flexibilidade analisada nas jurisprudências do Sistema Interamericano e interpretações ampliativas sobre a aplicação de dispositivos da Convenção Americana, conforme foram apresentados quando

28 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual**. 2008. Petição n.º 665/05.

da indicação dos requisitos formais da denúncia, vislumbra-se que instituições públicas como as mencionadas possam ser reconhecidas expressamente como parte legítima para a propositura de petições junto à Comissão Interamericana, desde que esclarecidas suas atribuições e expressamente autorizadas pela vítima ou pelo familiar.

## CONCLUSÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como mecanismo subsidiário ou complementar da jurisdição interna em defesa dos Direitos Humanos ainda é considerado recente para o Brasil. Muito embora casos brasileiros em tramitação perante a Comissão Interamericana datem de 1970, a propositura de ações internacionais restringe-se a poucas organizações não governamentais, carecendo, assim, de novos atores no cenário do processo internacional como forma de proteger e promover os Direitos Humanos, fazendo uso do referido Sistema para influenciar a adoção de medidas legislativas em consonância com os tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como mediante implementação de políticas públicas para a efetivação de tais direitos.

A recente jurisprudência da Corte Interamericana no exercício da sua função contenciosa, cujas interpretações dos tratados interamericanos sempre se mostram repulsivas à rigidez do formalismo jurídico interno quando claramente não propiciaram proteção aos Direitos Humanos, favorece a legitimação de novos atores para a propositura de ações em defesa dos Direitos Humanos.

Impende ressaltar que a utilização do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos deve ser admitida como uma das estratégias locais para mudanças de realidades jurídico-sociais, já que o referido Sistema produzirá efeitos localmente e servirá como um mecanismo de fato eficaz na defesa dos Direitos Humanos.

# ASPECTOS DIALÓGICO E DIALETIZANTE DO DIREITO TRIDIMENSIONAL

Francisco de Assis Santos Lauzid*

## INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta, sem a pretensão de exaurimento ou mesmo de percuciência temática, uma visão dialógica e dialética do Direito, sob três enfoques principais: a) indigita a tridimensionalidade do Direito e a correlação dialética entre fato, valor e norma, que tornam injuntivas a interação dialogal dessa tríade constitutiva e, por conseguinte, entre o Direito, tendo a norma por objeto primacial de estudo; a Sociologia Jurídica, tendo o fato por objeto; a Filosofia, tendo o valor por objeto; b) considera a necessidade de um procedimento hermenêutico dialogal, contextual, sistêmico, crítico, multicultural, rompendo com o fragmentarismo, acriticidade e neutralidade do positivismo clássico; c) alumia os propósitos de justiça substantiva dentro da concepção de Estado Democrático de Direito e de Constituição material.

## 1 PARADIGMA DOMINANTE E PARADIGMA EMERGENTE

Essas expressões são utilizadas por Boaventura[1], referindo-se, respectivamente, às fases de produção do conhecimento científico: a positivista, ainda dominante, porém, em declínio, e a culturalista, em emergência.

### 1.1 POSITIVISMO

O positivismo conservador ainda é o paradigma dominante da produção do conhecimento científico. Tem por fito a cisão entre sujeito e objeto de estudo, em busca da produção de um conhecimento acrítico, avalorativo, descritivo que garanta a objetividade e a neutralidade da produção científica, também tendo por idiossincrasia ser reducionista e fragmentário no desiderato de maior especialidade na produção do conhecimento que se intenta alcançar.

Enfrenta problemas incontornáveis com essa proposta, pois o Direito é criação humana e o ser humano é naturalmente subjetivo, individual, social, valorativo, espiritual, etc., sendo impossível produzir qualquer conhecimento sem alguma dose de subjetividade.

*Promotor de Justiça de Crimes contra a Ordem Tributária em Belém do Pará, especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas, Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia (Unama). E-mail: flauzid@hotmail.com

1 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Coimbra: Afrontamento, 2002.

Maria Cândida Moraes[2] combate a estrutura positivista educacional e a produção do conhecimento nessa vertente, por ser reducionista e fragmentária, de modo a se conceber, erroneamente, o conhecimento como unidimensional. Ataca a obstinação positivista pela objetividade e neutralidade, separando o sujeito do objeto no processo de produção do conhecimento, na procura de um conteúdo avalorativo e objetivo do conhecimento, por tratar o objeto real da pesquisa como algo absolutamente independente do pesquisador.

Conhecer significa, no paradigma dominante, dividir as dificuldades, classificar. Há um determinismo regendo a ciência moderna, que se estriba na formulação de leis à luz de regularidades observadas. Privilegia o "como fazer" em detrimento do "que fazer" ou do "por que fazer", pois os meios (métodos) passam a ser mais importantes do que os fins, relegando a um segundo plano o próprio conhecimento em si.

Boaventura[3] adverte que o conhecimento lastreado na formulação das leis tem como pressuposto errôneo ser, o mundo, estático, mantendo-se assim nessa ordem. Isso propiciou a idéia de que o mundo seria uma máquina baseada nas leis da física e da matemática, o que de fato impulsionou a sociedade da época, em especial a classe burguesa, pois se o mundo é estático, o conhecimento também seria, até mesmo o Direito. Essa diretriz motivou a burguesia ascendente que se desvencilhava do jugo absolutista da época e a concepção do Estado Liberal, pois se o Direito fosse um conhecimento estático, bastaria que as liberdades fossem declaradas, sem a necessidade de sua promoção, i.e., o positivismo desconsiderava a dialetização existente entre os elementos do Direito (fato, valor e norma)[4].

## 1.2 CULTURALISMO

O culturalismo propõe a produção do conhecimento, considerando seu caráter interdisciplinar e reticular[5], admitindo que se nenhuma ciência subsiste isolada das demais, a fragmentariedade do conhecimento científico deve ser abandonada como arquétipo procedimental da produção científica, sob pena de se produzir um misto de especialidade e ignorância, ou seja, profissionais cada

2 MORAES, Maria Cândida. **Pensamento eco-sistêmico**: educação, aprendizagem e cidadania no século XXI. Petrópolis: Vozes, 2004.

3 SANTOS, 2002.

4 REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

5 A natureza reticular do Direito permitiu que Dworkin asseverasse que todo juiz deveria ser antes um filósofo; a Maximiliano, que todo intérprete deveria ser um sociólogo; a Carnelutti, que não há Direito sem Economia, pois os bens só são considerados jurídicos se forem econômicos (rarefeitos), etc. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001; SANTOS, 2002.

vez mais especializados em dada parte da ciência, porém, na mesma proporção em que se tornam mais ignorantes do todo.

A produção científica deve preocupar-se com o sentido da totalidade, dando oportunidade à produção contextualizada, articulada de forma sistêmica entre as várias ciências e a Filosofia, por meio de um procedimento dialogal, trazendo ao diálogo científico até o conhecimento proveniente do senso comum, rechaçando apenas as propostas que não subsistirem aos argumentos contrários, segundo uma ordem racionalizada de valores.

O Direito deve ser estudado como objeto cultural, como uma realização do espírito, vontade e valores humanos. O homem é quem produz o Direito, sendo um ser naturalmente subjetivo, produzirá seu conhecimento com subjetividade, segundo sua veia mais acentuada, considerando seus pendores políticos, filosóficos, morais, sociológicos, cosmológicos, de justiça social, etc.

Além da subjetividade, deve-se considerar a intersubjetividade na produção do conhecimento, reconhecendo que o homem não é um ser isolado de seu contexto. Além de indivíduo subjetivo é um ser de multifários apanágios, apresentando-se como ser social, histórico, biológico, racional, emocional, mental, etc. Algumas de suas idiossincrasias são ambivalentes, pois o homem é espiritual e material, individual e coletivo, imanente e transcendente (ele e o alter). O homem interage com outros indivíduos sendo em parte produto desse meio, como, igualmente, será a produção de seu conhecimento, fazendo da ontologia científica uma realidade reticular.

Como nada é imutável e o Direito é cultural, a certeza do conhecimento é provisória – o conhecimento tem prazo de validade –, por meio do princípio da incerteza associado ao da complementaridade, revela-se a instabilidade do mundo, i.e., se a certeza é relativa e o conhecimento é provisório, quanto mais completo, portanto, quanto mais contextualizado e menos fragmentado ele for, mais próximo da certeza e da realidade ele estará. Como se vive em um mundo em que todas as ciências e searas do conhecimento, assim como todas as culturas são incompletas, há necessidade de se trabalhar com a conjunção e disjunção do processo de produção de conhecimento por meio de argumentos.

A argumentação na produção do conhecimento jurídico faz parte do caráter dialógico do Direito. Na produção do conhecimento por meio de argumentação, harmoniosa e sincera, aquelas argumentações que, de boa-fé, sobreviverem a todas as outras[6], após se somarem com as convergentes (conjunção), fulminando ou calando as divergentes (disjunção), permitirão a produção sub-

6 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova – Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

jetiva e intersubjetiva do conhecimento que realmente se busca alcançar dentro de um plano sistêmico.

A proposta positivista de produção de um conhecimento objetivo e neutro, verdadeiramente impossível, mais do que um erro, pode ser considerada um estratagema proposto para cortinar outra verdade. O pretexto da objetividade é um embuste vitando para que determinado Estado ou certo grupo possa impor dado conhecimento ou cultura como "verdade" e "realidade" absoluta sobre os demais sujeitos, grupos e nações, ainda que eles professem pensamentos, idéias, argumentos, proposições e conhecimentos diferentes e até rivais. Ao se descortinar a ideologia positivista de adrede articulada como arma suasória de dominação, desvela-se, por conseguinte, a dialética entre classes, grupos e nações.

Mais importante do que produzir o conhecimento pela metodologia de regras sistematizadas, segundo uma diretriz científica preestabelecida, é produzi-lo com a consciência de seu porquê e para quê[7,8]. Importa mais do que o conhecimento causalista, o finalismo do que se produz. Por isso, a funcionalidade do Direito é mais importante que seus métodos de pesquisa e regras cerradas e sistemáticas de hermenêutica.

Direito, como produto da criação humana, sendo um fato cultural, deve ser estudado, produzido e interpretado por meio de um procedimento dialógico e contextual, religando-se todas as ciências e estas à Filosofia. Não se afasta nenhum dado simplesmente por força de sua origem – itera-se: nem mesmo o senso comum –, por não conceber (pré)conceitos e argumentos apriorísticos imunes à joeira da argumentação racional, reticular e valorativa.

## 2. VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA LEI

Esses aspectos serão tratados sob um prisma crítico à luz das concepções do paleopositivismo kelseniano e do positivismo crítico de Luigi Ferrajoli[9].

A importância dessa distinção para este trabalho assenta-se no fato de se poder demonstrar a necessidade de um juízo valorativo do Direito, apresentando o positivismo kelseniano (dogmático), por "tentar" ser acrítico (oco de conteúdo), como doutrina que propicia a instalação legal de um Estado arbitrário e, portanto, incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito, que impõe obrigações negativas e positivas ao Estado, colimando garantir, fomentar e promover direitos fundamentais, pois, entre outras medidas, exige do aplicador da lei a observância crítica e valorativa dos princípios e regras consti-

7 REALE, 2005.

8 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25.ed. São Paulo: RT, 1999.

9 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

tucionais para determinar seu convencimento quanto à constitucionalidade ou não da norma a ser aplicada, além da eleição da norma politicamente mais justa à luz da concepção de Constituição material e de Estado de direito, baseado em direitos.[10]

### 3.1 CONCEPÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO

Na óptica positivista kelseniana[11], a orientação era de que Direito real era Direito positivo, i.e., somente aquilo que estivesse na letra da lei, Direito posto, inconfundível com a moral e a justiça, diante da explicação de que Direito é norma, nada mais.

No positivismo kelseniano (positivismo dogmático), a observância estrita ao processo legislativo, independentemente do conteúdo da lei ser justo ou injusto, bom ou mau, nobre ou iníquo, determinava sua vigência e validade, que não eram distintas. Se a norma fosse colocada em vigor, observando o processo legislativo regular, seria válida, sem questionamento acerca de seu conteúdo e justiça. Havia uma confusão entre critérios morais e jurídicos, entretanto não se questionavam os morais, dada a proposta positivista de produção pura do conhecimento jurídico, de um Direito "avalorativo", no escopo inalcançável da produção científica em sua objetividade pura.

Kelsen explicava as normas constitucionais, como o Direito em sua totalidade, por meio do poder de coerção, sob a visão de um Estado dominador que se impõe pelo uso da força e não de um Estado gerenciador e tutelador dos Direitos fundamentais do homem. Sob o prisma kelseniano e, na mesma esteira, Carnelutti[12], subjetivamente não haveria diferença entre as normas do Estado e as ordens de um bando de salteadores, pois esse grupo de bandoleiros (tal qual o Estado) detém força coercitiva, podendo usar de violência contra os cidadãos para impor suas normas, quer sejam justas quer, injustas. O que os diferenciava, objetivamente, era que a ordem emanada do grupo de salteadores não possuía como fundamento outra norma de validade, enquanto que o Estado possuía. Como pressuposto de validade de uma norma inferior tinha-se outra superior, i.e., o fundamento de validade da lei infraconstitucional era a Constituição.

O pressuposto de validade da Constituição seria o próprio poder constituinte. Observa-se, no positivismo kelseniano, um claro discurso de dominação, o Estado fundamenta suas normas no poder que exerce sobre seus súditos, isso equivale a dizer que elas foram feitas não em favor deles, mas para submetê-los.

10 DWORKIN, 2001.

11 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984.

12 CARNELUTTI, 1999.

Assim, objetivamente, a norma (comando) do salteador se distinguia da norma estatal apenas pelo fato de que esta possuía pressuposto de validade, ou seja, uma norma que a fundamentava, enquanto a ordem do salteador não encontrava espeque em nenhum pressuposto de validade, embora ambas fossem normas (comandos) que determinavam, sob a ameaça de um mal grave, um dever aos cidadãos.

Entrementes, sob o farol do conceito formal de Constituição, ao qual se coarctava o positivismo arcaico, Kelsen admitia que se o grupo de bandoleiros passasse a monopolizar os meios de coerção, tal qual o Estado, a ponto de adquirir o poder de impor suas normas a todos os cidadãos, sob a mesma ameaça de um mal grave, essas normas, embora injustas, arbitrárias e contrárias aos anseios da maioria, passariam a ter validade, então, essa súcia, comporia a cúpula do próprio Estado, enquanto globalmente se constatasse em suas mãos o domínio dos meios de coerção e a falta ou impossibilidade de resistência dos cidadãos, vendo-se, coletivamente, compelidos a obedecer-lhes.

Kelsen entendia que o fundamento de validade do fundamento de validade da norma (ordem do Estado), mesmo se proveniente de um grupo de bandidos capitaneando o poder estatal, era determinado pela eficácia global dessa norma. Portanto, enquanto a sociedade (a maioria) concordasse com a norma, não apenas por anuência espontânea, mas também por submissão e por receio do mal prenunciado pelo texto normativo, referida norma seria globalmente eficaz, conquanto injusta, até que os cidadãos se insurgissem contra ela, retirando do Estado o poder coercitivo.

A diferença entre o grupo de meliantes e o Estado se resumiria, objetivamente, apenas em se saber quem é o mais forte. Se o Estado for mais forte, as regras do grupo de salteadores não gozarão globalmente de eficácia, logo, não serão normas jurídicas. Contudo, caso eles conquistassem o poder estatal, monopolizando os meios de coerção, passariam a criar normas, tidas por Kelsen, como "jurídicas", pois, sem analisar seu conteúdo moral e de justiça, importava-se apenas com a consciência social de obediência a essas normas, decorrente do receio da sanção prenunciada pelo grupo, tal qual o Estado, da mesma forma, impõe a todos as suas normas. O Estado era analisado formalmente, sem nenhum enfoque moral ou de justiça.

Na preleção kelseniana, se o Estado não tivesse o monopólio dos meios de coerção, haveria anarquia. Cada cidadão faria o que bem entendesse, acabando por se viver em um outro Estado, pois uma nova ordem, mais forte, ir-se-ia impor, pouco importando para a validade das normas desse novo Estado se elas são justas ou não, morais ou não, desde que fossem globalmente eficazes, ou

seja, ao mesmo tempo em que impostas coercitivamente pelo Estado, também seriam obedecidas pelos cidadãos.

O positivismo arcaico (clássico), por buscar um conhecimento jurídico acrítico e avalorativo, não questionava o valor da norma nem seu conteúdo quanto à justiça substantiva. O juiz deveria aplicar a lei porque a lei estava em vigor, sendo por esse fato, válida. Não se faz a distinção entre vigência e validade material da norma. O positivismo kelseniano é meramente contemplativo, acrítico, pois o magistrado – sendo, no adágio mostesquiano, a "boca da lei" – não examina valores principiológicos da legislação, decidindo apenas e de acordo com a subsunção do fato ao texto abstrato da lei, independentemente da apreciação de sua validade constitucional, possibilitando a imposição da arbitrariedade, arrimada na visão de Estado legal, em vez de Estado constitucional.

## 2.2 CONCEPÇÃO GARANTISTA DO POSITIVISMO CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI

Conquanto haja contradição na própria terminologia do positivismo *crítico,* cuja concepção originária é de cunho acrítico e avalorativo. Aqui, a proposta é outra, qual seja, o fato de que a normatividade não se estriba em puro poder, mas em valores, tendo por fim a consecução da justiça substantiva. Os direitos, como segurança, necessitam estar positivados, mas não se restringem a regras positivas, admitindo princípios explícitos e implícitos no ordenamento jurídico, devendo ser analisados, estudados e aplicados segundo uma orientação valorativa, sob escólio eminentemente constitucional, daí seu conteúdo crítico.

O garantismo rezado por Ferrajoli é sinônimo de constitucionalismo, consistindo na construção de um Estado que garanta a maximização das liberdades com a minimização da intervenção estatal, não significando a elisão desta.

A CF/1988 incorporou valores, possibilitando a distinção entre vigência e validade (material), devendo o intérprete ou magistrado analisar, crítica e valorativamente, seu conteúdo quanto à justiça substantiva ao se interpretar e aplicar o Direito.

A validade formal da norma equivale à sua vigência. Assim, a norma será válida se para sua feitura houver obediência ao respectivo processo legislativo, tal qual na orientação paleopositivista. Contudo, a validade da norma não se restringe à forma e à sua vigência, devendo ela também estar de acordo com valores materialmente constitucionais, bem como de acordo com o conteúdo (a substância) do texto constitucional, sob pena de mesmo vigente e formalmente válida, a norma não gozar de validade material.

A validade propriamente dita tem apenas como um de seus pressupostos a vigência da norma, mas a ela não fica adstrita, havendo necessidade, dentro da concepção de Estado de Direito centrado em direitos, professada por Dworkin[13], de que para a construção de um Estado Democrático de Direito se tenha uma Constituição material, repulsando a intervenção estatal excessiva e desnecessária como obrigação política negativa.

Ao se tratar da vigência e validade material da norma, observa-se a preocupação de se impor ao juiz a postura crítica de avaliar a norma à luz dos valores constitucionais, enfrentando a questão de sua constitucionalidade.

Norma materialmente válida é somente aquela que subsiste à hermenêutica que incoe sob o farol do texto constitucional e nele termine amparada. A validade material da norma significa que sua validade deve estar lastrada em valores constitucionais, sendo esse um trabalho de hermenêutica sobre a lei, que deverá denunciar – quando houver – a antinomia entre a norma infraconstitucional e a Constituição, impondo ao Judiciário, no caso concreto, exercer o controle de constitucionalidade das normas.

O positivismo crítico ostentado por Ferrajoli[14] não é contemplativo, pois questiona o valor da lei com espeque nos valores constitucionais. Perquiri, portanto, a validade substancial da norma diante dos princípios e regras constitucionais e não confunde o conceito de vigência com o de validade material, esclarecendo que apenas há coincidência entre a vigência e a validade formal da norma.

Como exemplos plásticos do perigo do dogmatismo positivista kelseniano citam-se o nazismo alemão e, no Brasil, o execrável AI 5 de 13/12/1968. Este, na alheta kelseniana, foi norma vigente e válida, mesmo tendo, entre outras medidas, praticamente cerrado as portas do Legislativo, hipertrofiando o Executivo, suspendendo direitos políticos e outros direitos públicos e privados, as garantias constitucionais da magistratura, a garantia do *habeas corpus*, etc., tendo sido, assim se pode afirmar à luz da visão míope e acrítica do arcaico positivismo, formalmente, uma Constituição do Brasil, pois, objetivamente, possuía hierarquia sobre todas as demais normas, apresentando-se como norma de superposição de normas (art. 2.°), inclusive sobre a própria Constituição Federal de 1967, bem como procedimento próprio para sua reforma (art. 9°), além de globalmente ser eficaz. Todavia, materialmente, jamais poderia ser concebido como Constituição material, própria de um Estado Democrático de Direito.

A eficácia da norma, sob o prisma garantista, não se restringe à simples imposição ou detenção do monopólio dos meios coercitivos pelo Estado. Implica dizer que eficaz será toda lei vigente cuja normatividade seja aceita pela

13 DWORKIN, 2001.
14 FERRAJOLI, 2001.

maioria e/ou cujos efeitos sejam possibilitados pelo Estado, não deixando, nessa concepção, de também ser uma imposição assentada no poder coercitivo estatal.

A eficácia de uma norma pode depender exclusivamente da promoção estatal de seu comando, v.g.,, as políticas públicas previstas em lei como obrigação positiva do Estado, que se não implantadas, serão normas ineficazes, ainda que seus efeitos sejam anelados pela população, impondo a conclusão de que, nesses casos, a legitimidade de certas leis, ainda que vigentes e válidas, é insuficiente para sua eficácia.

## 3 O REPOSTEIRO DAS IDEOLOGIAS DOMINANTES E O DIREITO EM UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA

Esse tópico descortina os embustes ideológicos do positivismo e do jusnaturalismo, estribando-se na preleção de Roberto Lyra Filho[15], ao gizar que a palavra Direito não se limita ao termo lei, e sim na concepção do que é justo, admitindo que o Direito poderá até ser contra a lei e vice-versa.

Inconcebível é a existência de Direito injusto, ainda que seja cediço que a lei – na prática – algumas vezes seja injusta. A lei, entrementes, ao se divorciar da justiça, perde a qualidade de Direito, embora esteja positivada, passando a ser "antidireito", na expressão de nupercitado autor.

A legislação abrange o que realmente é Direito, como também a sua negação. Isso decorre de interesses classistas do poder estabelecido no intuito da manutenção do *status quo* dominante, mas o Estado deve colimar a identificação entre Direito e lei, impossibilitando a existência de contradição entre eles (antidireito); assim o poder estatal estaria, real e legitimamente, atendendo ao povo em geral.

Quando se fala em democracia, entende-se a promoção de democracia econômica e reconhecimento de sociedade pluralista e de "direito à diferença" quanto aos grupos minoritários.

O Direito não deve adstringir-se à dogmática positivista kelseniana sem a consideração de sua legitimidade, nem pode ser considerado um dogma inquestionável por ser imposto pelo Estado, muito menos um dogma divino (jusnaturalismo religioso), também inquestionável, pois ambas as ideologias são imperialistas, mas deve ser justo, impondo sua produção, hermenêutica e aplicação, considerando sua apreciação sob critérios valorativos, o que implica uma análise contextual, dialógica e dialética dos elementos do Direito, considerado como fato histórico e social.

15 LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

Direito não é, mas "é sendo", pois nada é em um sentido perfeito e acabado. Tudo "é sendo", ensina Roberto Lyra Filho[16]. A ontologia dialética demonstra que tudo está em constante transformação, não existem direitos imutáveis como pregam os jusnaturalistas nem verdades científicas neutras e objetivas, como rezam os positivistas.

Deve-se indagar o que o Direito vem a ser nas transformações constantes de seu conteúdo, cuja manifestação se verifica concretamente no mundo histórico e social. Na sociedade, há classes e grupos distintos[17]. A tensão dialética entre essas classes e grupos reflete-se na produção do Direito de cada sociedade, bem como do Direito internacional entre os Estados. Aqueles que dominam, impõem, enquanto podem, as suas ideologias, procurando manter seu status quo por meio do Direito. Nessa tensão dialética social, os dominadores fazem até algumas concessões aos dominados.

Existem duas ideologias dominantes no Direito:

a) Positivismo: o Direito como ordem estabelecida;

b) Jusnaturalismo: o Direito como ordem justa.

O positivismo, já muito debatido acima, implica a redução do Direito à ordem estabelecida. Direito é norma, nada mais. A ordem estabelecida é garantida pelo Estado, como órgão centralizador do poder, por meio do qual a ordem necessária a amparar a classe dominante passa a exprimir-se em leis. As leis são normas da classe dominante, que só, excepcionalmente, reconhecem direitos às minorias na medida em que esses direitos não se revelam incompatíveis com a dominação imposta.

A orientação positivista kelseniana permite que a classe e os grupos dominantes usem de violência quando a contestação à ordem estabelecida cresce, arrimando-se na necessidade de garanti-la. A neutralidade e a acriticidade pregadas pelo positivismo age como técnica de organizar a força do poder, sem ter de justificá-la.

O Estado positivista usa como artifício sempre o argumento da "paz"[18] e o de "interesse da comunidade", eliminando o direito de resistência à tirania estatal.

Ora, se o Direito é neutro, acrítico e avalorativo, fundamentando sua eficácia no poder coercitivo global do Estado, impõe a conclusão de que ninguém poderá, fazendo um juízo de valor acerca do que é justo ou injusto, criticá-lo, sob pena de sofrer coerção. A proclamada, pelo positivismo, segurança para os cida-

16 Ibid.

17 Há diferença entre os termos "classe" e "grupo". Na classe, as diferenças são econômicas: classe espoliada (dominada) e classe espoliadora (dominadora). Nos grupos, as diferenças dizem respeito às minorias (grupo de opressores e grupo de oprimidos).

18 KELSEN, 1984.

dãos na ordem estabelecida inexiste, pois, na verdade, haverá maior insegurança se a determinação legal for ilimitada, impondo o que é proibido e permitido sem a preocupação com a legitimidade da lei, pois o poder se presume "legítimo", segundo os processos que ele próprio estabelece, altera e controla a seu bel-prazer.

O Direito não se resume à lei e vice-versa, sendo necessário analisar a dialética entre a ordem (lei) e a justiça. Esse problema só pode ser verificado por meio da dialética social e não apenas ideológica (positivismo ou jusnaturalismo) do Direito.

Já o jusnaturalismo prega um Direito natural, deduzindo, em um primeiro momento, o Direito da lei divina. Pelo fato de o Direito decorrer de Deus, o povo deve obediência ao soberano, por Ele também constituído. Esse Direito é imutável e justo, portanto, inquestionável.

Caso o soberano, pois por malícia ou cegueira, em vez de concretizar os preceitos divinos, legiferasse contra a orientação de Deus, ainda assim, os súditos deveriam ser resignados, diante da dominação interna ou externa, pois se ela existe é porque Deus assim anelou, do contrário Ele próprio eliminaria o soberano. Por isso que a burguesia passou a defender o positivismo, livrando-se das amarras abusivas dos soberanos, facilitadas pelo Direito natural de influxo supostamente divino.

A burguesia não precisava se justificar com base no poder divino, pois, dominando o poder estatal, mormente o legiferante, sua força mantinha-se na própria ordem estabelecida, mas o poder constituído, ao se tornar abusivo, acaba ressuscitando a ideologia jusnaturalista. Esse fato cria dificuldades para o jurista que não tem uma visão dialética do Direito, deixando-o entre o jusnaturalismo e o positivismo sem saber qual deles abraçar.

O Direito natural, em momentos de crise, pode ser invocado pela classe ou grupos dominados, como Direito supralegal, trazendo a noção de princípios imutáveis, universais, superiores e anteriores ao Estado, provenientes da própria natureza humana, da razão ou de Deus.

Permanece o dualismo – Direito positivo e Direito natural – como uma antinomia, que parte o Direito num ângulo que só vê a ordem e noutro que invoca uma justiça sem, todavia, fundamento nas lutas sociais, e sim em princípios abstratos oriundos da natureza, da divindade, etc., havendo necessidade de uma visão dialética unificadora dos pólos de positividade e justiça para a promoção de normas justas e legítimas.

Roberto Lyra Filho pontifica que há um novo Direito natural: o "jusnaturalismo de combate". Para a concepção dialética do Direito, é preciso se trabalhar em conjunto com a Sociologia, que se preocupa com o fato e o verdadeiro e com a Filosofia jurídica que se preocupa com a "idéia" e com o "justo".

O Direito se desenvolve conforme a dialetização entre o justo e o injusto, segundo uma ordem de valores resultantes do convício social e das disputas entre classes e grupos sociais em uma constante tensão dialética pela libertação. As classes espoliadas e os grupos dominados pugnam por mais liberdades, enquanto os "donos do poder" procuram manter o *status quo* dominante. Essa luta faz parte do Direito porque ele não é um processo parado, mas um processo de libertação permanente.

Dadas as constantes transformações e a dialetização da vida humana, em permanente tensão social ao longo da História, mormente quando se luta de um lado por liberdades e de outro pela manutenção do poder. Roberto Lyra Filho, na mesma obra, escolia que o revolucionário de ontem é o conservador de hoje e será o reacionário de amanhã, ilustrando sua assertiva com a burguesia na época em que estava como classe ascendente, pois ela enriqueceu o patrimônio jurídico da humanidade, mas ao chegar ao poder, tentou deter o processo de emancipação e libertação do homem para gozar dos benefícios da própria liberdade por ela conseguida ao se libertar do absolutismo.

As contradições se dão dentro do próprio sistema jurídico legal. Assim – diz Lyra Filho –, as leis que exprimem o domínio de classe e grupos privilegiados têm elementos que podem ser utilizados pelas classes e grupos libertadores, porque, na hipocrisia de fazer o contrário do que dizem (dizer que vão construir justiça por meio das normas, enquanto as usam para manter a dominação), a classe e os grupos dominantes muita vez se contradizem, sendo obrigados a reconhecer direitos, propiciando algum ganho social.

O Direito compendia, a cada momento, a soma das conquistas da libertação. Os governantes não dizem ter criado lei injusta, embora ela possa ser, o que revela o receio de afrontar as classes e grupos dominados e de desagradá-los, além do que os direitos já conquistados geralmente não são revogados pelo dominador, pois a denominação é de uma hipocrisia persuasiva, significando que nem o governante pode abertamente negar o Direito, ainda que orquestre estratégias ideológicas manipuladoras.

Roberto Lyra Filho pontifica que o livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos, sendo essa a essência e finalidade do Direito, arrematando que tudo o mais ou é conseqüência do seu itinerário evolutivo, ou é deturpação ideológica engendrada pela incessante luta pelo poder, o que deve ser repudiado – arremata-se –, por ser um estorvo ao progresso social.

## 4 NORMA JURÍDICA: REGRAS E PRINCÍPIOS

Esse item se propõe não a uma delineação percuciente dos conceitos e das respectivas abrangências, mas somente à verificação do elo existente entre as concepções das regras e dos princípios e o caráter dialético e dialógico do Direito.

Sinteticamente, pode-se afirmar que a norma jurídica é a integração valorativa de algo jungido à realidade social (fato), estruturada em forma de regra obrigatória ou constatada como comando principiológico obrigatório disposto de forma expressa ou implícita.

As normas jurídicas são o gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Segundo Alexy[19], as regras são "ordens definitivas", e os princípios, mesmo se implícitos, "ordens de otimização". O ordenamento jurídico é composto por regras e princípios organizados reticularmente.

As regras são ordens que ou são satisfeitas ou não são. Não são suscetíveis de ponderação e dela não necessitam quando em conflito. A subsunção (do fato à lei) é para as regras a forma característica de aplicação do Direito, embora a aplicação das regras não fique adstrita à subsunção, considerando-se o conflito entre Direito e lei, pois esta pode conter um antidireito, uma injustiça, consoante já abordado acima, daí a necessidade de a aplicação e de a construção do Direito ter caráter dialógico e, ao mesmo tempo, dialético, considerando-se a correlação dialética entre fato, valor e norma a ser mais além desenvolvida. Contudo, dentro de uma visão simplista, considerando ser a regra justa, se ela for válida e se for aplicável ao caso pelo critério da subsunção, deve-se fazer o que ela exige, nem mais, nem menos.

Princípios são normas que ordenam quando algo deve ser realizado da melhor maneira possível, sendo suscetíveis de ponderação e dela necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do Direito que caracteriza os princípios. O fato de não serem regras e de alguns princípios estarem apenas implícitos no ordenamento jurídico não lhes retira o caráter de obrigatoriedade (normatividade) quanto a sua observância, quer pelo agente público (legislador, governante, juiz, servidores públicos em geral), quer pelo cidadão.

Alexy propõe um modelo de regras, princípios e procedimento, pois um modelo só de regras seria insatisfatório diante de miríade de casos concretos, não havendo solução para o preenchimento de lacunas da lei, que não fossem por meio de princípios. Um modelo somente de princípios traria insegurança jurídica por sua indeterminação, havendo necessidade de um modelo misto, observando que há princípios materiais (substantivos) como a liberdade e a dig-

19 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, cap. 4 (Sistema jurídico y razón práctica).

nidade e outros formais (procedimentais), considerando que a lei submete-se à Constituição, tendo esta como seu pressuposto de validade formal e material (desde que a Constituição seja justa).

Princípios e regras devem coadunar-se à orientação constitucional hierárquica superior, devendo ser aplicados em harmonia e com coerência, não se podendo afirmar *ab initio* que entre regra e princípio haja preponderância, salvo após um processo hermenêutico contextual e dialogal enfrentado à luz da dupla tridimensionalidade do Direito quanto a seus aspectos elementar (fato, valor e norma) e teleológico (segurança jurídica, progresso social e justiça material).

Na aplicação de uma regra infraconstitucional, devem, antes, ser ponderados os princípios que ao caso são pertinentes, à luz da Constituição Federal, fazendo-os preponderar em caso de dissonância, pois eles são também normas obrigatórias que compõem o ordenamento jurídico vertical superior, com roupagem deontológica ou axiológica, visto que imbuídos de valores.

Importa consignar, quanto às regras e princípios, que todos, na qualidade de normas (gênero), devem ser aplicados, sem nenhuma orientação *a priori* de prevalência de uns sobre os outros ou entre si mesmos, mas diante do caso concreto e, sob o farol constitucional, devem ser submetidos a um procedimento hermenêutico contextual e dialogal, considerando a dialética existente entre fato, valor e norma e entre as três funções primaciais do Direito (segurança, justiça e bem-estar social), inseridos em uma apreciação interdisciplinar, multicultural, histórica e social.

## 5 TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Reale[20] aponta três elementos do Direito: fato, valor e norma. Essa tricotomia evidencia a correlação essencial entre fim (valor), meio (norma) e forma (vigência).

Em geral, as ideologias são construídas, estrategicamente, por uma classe ou grupos dominantes no escopo da manutenção do poder que possuem, razão por que procuram evitar a contestação sob as alegações de manutenção da ordem, da paz social, da vontade divina, etc., ***i.e.,*** afastando o diálogo do que realmente é melhor e mais justo à sociedade.

O culturalismo descortina a verdade, revelando as deformações ideológicas, propondo uma hermenêutica que, em vez de isolar o Direito das demais ciências e da Filosofia, religue toda a rede do conhecimento no desiderato de encontrar o valor da norma, à luz do que for mais justo à sociedade, considerando a sua realidade conjuntural e fática.

20 REALE, 2005.

Os elementos do Direito, identificados por Reale, apontam o valor como fim, a norma como meio pelo qual o Direito realizará seu fim sob a forma de vigência, considerando sempre um fato.

O valor é o elemento teleológico ou funcional do Direito. A teoria tridimensional arrola três fins principais do Direito: segurança jurídica, justiça e progresso social.

A segurança jurídica implica dizer que a regra de Direito é importante, não negando que o princípio da legalidade foi uma grande conquista, mas ele não deve ser exacerbado nem ter uma tendência formalista fundada, essencialmente, em atos de autoridade. A lei é importante e traz segurança jurídica (às vezes, só para a classe e grupos dominantes), contudo, nem sempre é justa, máxime quando dela se abusa, consoante sói acontecer em todos os governos, pois tendem, historicamente, a abusar de seu poder, v.g., o nazismo na Alemanha e o AI 5/1968 no Brasil. [21]

A justiça, como fito do Direito, impõe a prevalência da ordem justa, do valor superior da justiça, que é a edificação do bem comum. Enquanto a norma é o dever-ser para o homem, a justiça, segundo lição de Roberto Aguiar, "é o dever-ser para os dirigentes, o dever-ser da esperança dos oprimidos". A justiça também pode ser "o dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico"[22]. Esse fim implica uma tendência idealista[23], que reconhece a sociedade pluralista e propõe a adoção de decisões e regras plurais, na promoção de uma democracia substancial e à luz do conceito de Constituição material, que não apenas declara direitos, mas os promove.

O progresso social procura satisfazer o bem-estar social. Há, nesse fim, tendência realista, fundada na correspondência efetiva do Direito com a experiência real, *i.e.*, entre a rede dos usos e comportamentos sociais efetivos e a utilidade social. A visão utilitarista implica regra de maioria; está mais elada à

21 Zaffaroni e Pierangeli, pregando acerca da existência da segurança jurídica, asseveram que "ainda que sempre se tutelem mais os bens jurídicos de uns que de outros, o direito penal deve tender a diminuir estas diferenças e a procurar a igualação das tutelas; ainda que o 'sentimento de segurança jurídica' seja grupal e se dilua na pluralidade de grupos diferentes e antagônicos, o direito penal deverá contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar as condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social seja mais justa (maior grau de justiça social) [...]" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 95). Ou seja, a segurança jurídica não é um mito (mito é a afirmação de sua inexistência), ela existe, sendo as injustiças e a própria insegurança contra as quais se luta dados da realidade a serem modificados pela construção do Direito, considerando sua natureza programática.

22 AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1993. p. 15.

23 A justiça como fim ideal do Direito poderá vir a contrapor-se ao utilitarismo no caso concreto, devido à possibilidade de existência de tensão dialética entre a vontade da maioria e o interesse das minorias, entre o ideal e o realismo utilitarista.

concepção de democracia formal e, em certos casos concretos, poderá ser perigosa ao Estado Democrático de Direito sendo antagônica ao ideal de justiça, daí a necessidade de serem considerados esses três fins do Direito como interdependentes e correlacionados, de forma a se permitir um justo equilíbrio no processo democrático, considerando a tensão dialética entre a maioria e as minorias, a fim de atender, o máximo possível, aos fins de justiça (bem comum) e de utilidade (garantista)[24].

O Direito é uma obra social (fato), de forma normativa (norma), destinada à realização da justiça (valor).[25] A tridimensionalidade é essa realidade que constitui o Direito e possui a dimensão de referir-se a valores em forma normativa, ou seja, o Direito é norma, elaborada pelos homens com o propósito de realizar certos valores.

A tridimensionalidade não apenas inter-relaciona os elementos do Direito de forma indissociável e concreta, como impõe a consciência, na pesquisa sobre o Direito, de suas correlações nos planos distintos da Ciência do Direito, da Sociologia Jurídica e da Filosofia do Direito. O diálogo, portanto, entre essas disciplinas e todas as demais, deve ser objeto de pesquisa do Direito, bem como, deve ser considerado em seu procedimento hermenêutico.

### 5.1 DIALÉTICA DE COMPLEMENTARIDADE

A tridimensionalidade do Direito, dispondo seus três elementos sob uma análise complementar e dialética, no procedimento dialógico, cala a ideologia positivista kelseniana,[26] afastando o argumento de que Direito é apenas norma jurídica, nada mais do que norma, pois, consoante delação de Lyra Filho[27], as ideologias jurídicas são deformações da verdade, que se prestam mais à manutenção do poder do que à promoção dos valores da justiça.

Assim como Direito não é só norma, Direito não é só fato, segundo rezam os marxistas ou os economistas do Direito, embora o Direito também interfira na economia. Direito não é, principalmente, valor, porque ele deve ser, ao mesmo tempo: fato, valor e norma. Esses elementos estão inter-relacionados e se dialetizam, impondo no processo hermenêutico jurídico, o diálogo entre as ciências, a Filosofia e todo o conhecimento.

Reale preleciona que a norma é a indicação de um caminho (que leva ao dever-ser), mas para percorrer o caminho, deve-se partir de um certo ponto e

24 Ferrajoli prega, concernindo ao Direito Penal, que o utilitarismo garantista deve propiciar a máxima felicidade possível à maioria não desviante com o mínimo de sofrimento necessário à minoria desviante. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

25 REALE, 2005.

26 KELSEN, 1984.

27 LYRA FILHO, 2006.

ser guiado em uma direção. O ponto de partida da norma é o fato, rumo a um determinado valor.

O objeto de estudo da ciência do Direito é a norma. A dogmática jurídica, diz Reale, não é Direito imposto, que não se discute por ser dogma inquestionável, consoante a visão kelseniana da "dogmática pura", mas Direito "posto" em relação ao qual se deve obediência sem fugir à apreciação de seu conteúdo valorativo. Aqui, observa-se verdadeira comunhão de pensamentos entre Reale e Roberto Lyra Filho[28], quando este leciona que os juristas conservadores chamam de "dogmática" ao Direito positivado sem considerar a sua legitimidade, porém, uma ciência verdadeira não pode fundar-se em dogmas, que divinizam as normas estatais, que degradam a produção do conhecimento científico-jurídico por meio de uma prática imperialista de produção do "Direito" (da lei, melhor dizendo), pois o Direito deve ser justo, tendo por justo: o bem comum.

O objeto do jurista é a norma, que raciocina em termos de normatividade. A ciência que estuda o fato, segundo a norma valorada, é a Sociologia Jurídica, seu objeto de estudo é o fato. Enquanto para o jurista o ponto de chegada é a norma, para o sociólogo é o fato. O sociólogo quer conhecer o Direito como fato social; o jurista, como norma. Esse fato social é um fato jurídico. O fato jurídico não se compreende sem se referir a uma norma e ao valor que se visa realizar.

A tridimensionalidade tornou-se madura com a dialetização dos três elementos. Esse fenômeno é denominado por Reale de "dialética de complementaridade". Por exemplo: tensão entre fato (ferir fisicamente alguém) e valor (vida, se o desígnio foi matar; integridade física, se o desejo foi lesionar). A norma como fato valorado prescreve, conforme a vontade do infrator, que ele responda por crime de lesão corporal (art. 129 CP) ou por crime de homicídio tentado (art. 121 combinado c/o art. 14, II CP), ou seja, da tensão dialética existente entre fato (conduta voluntária) e valor (bem a ser justamente tutelado), surge a norma a ser aplicada, que por sua vez, dada a correlação dialética entre esses três elementos, é valorada, segundo o caso concreto (que é fato) tanto na interpretação do Direito quanto na sua aplicação.

Urge observar, consoante o exemplo nuper-citado, que responsabilizar o agente do crime por tentativa de homicídio, quando seu desejo fora apenas de lesionar sem *animus necandi*, seria injusto, pois o aplicador da norma deve procurar, sob o farol valorativo da justiça, aplicar a norma que faça justiça em face do fato concreto, considerando o real desvalor social da conduta do agente, implicando uma proporcionalidade valorativa diante do desvalor da conduta recriminada, *i.e.,* o valor da conduta do agente deve ser aferido pelo seu desvalor

28 Ibid.

social, devendo o juiz aplicar a norma que, de forma mais justa e proporcional, assim por ele valorada, sirva de reprimenda. Esse procedimento hermenêutico seria impossibilitado pela simples subsunção, sem uma análise dialógica e dialética dos três elementos do Direito.

Tal qual Roberto Lyra Filho[29], ao afirmar que o Direito "é sendo", assim como o homem é, sendo, Reale também entende que o problema do valor é o problema daquilo que o homem deve ser, e o homem é, originariamente, a possibilidade e a procura de seu dever ser (deve ser bom, solidário, trabalhar pela felicidade alheia). Se o ser do homem é seu dever-ser, ele é radicalmente um ser histórico.

Destarte, segundo a preleção realeana, o problema do valor nasce da falta de plenitude, da limitação e carência do ser humano[30], e a transcendência do ser do homem com relação ao homem é a condição primeira e fundamental do problema do valor. O valor não poderia ser transcendência e normatividade se não constituísse o ser mesmo do homem, aquilo que o homem substancialmente é (ôntico) e é chamado a ser (deôntico).

Direito natural, segundo Reale, é o Direito positivo mesmo enquanto remontado às suas fontes possibilitantes e, ao mesmo tempo, enquanto projetado na linha ideal (valor) de seu desenvolvimento, na plena implicação e polaridade do homem como "ser passado" e "ser futuro", que "é" e "deve ser". Deve-se reconhecer a ambivalência do ser humano, na polaridade e implicação dialética do subjetivo e do objetivo, do individual e do social, do imanente e do transcendente, buscando uma unidade de correlação, que não estanque a continuidade do processo espiritual.

### 5.2 VISÃO REALEANA INTEGRAL DO DIREITO

O valor é o elemento de mediação dialética entre fato e norma, sendo o valor a expressão de um desenvolvimento histórico no plano das estimativas, por ser aquilo que se busca alcançar com a norma em face de um fato. O ponto primacial do pensamento de Miguel Reale é o entendimento do valor como "aliquid" (alguma coisa) dotado de objetividade histórica.

O homem está em luta constante por suas liberdades, as quais são limitadas pelo Direito. Esses lindes, contudo, não devem ter o condão de manutenção do poder por alguém ou alguns, mas o anelo de possibilitar a liberdade de todos até o máximo possível, pois um Estado sem limitação das liberdades individuais,

29 LYRA FILHO, 2006.

30 No item sob a rubrica "Hermenêutica Diatópica" se verá que assim como o homem é incompleto, o Direito, como sua criação cultural e política, também será, sendo a consciência de incompletude de cada cultura uma premissa importante para a exegese jurídica e ampliação das reciprocidades dos direitos humanos.

na verdade, não possibilita a liberdade de ninguém, sendo a sociedade reduzida a seu estádio anômico mais primitivo.

Liberdade e historicidade devem ser consideradas de forma associada e o homem como valor-fonte transcendental de todos os valores. Assim, o juiz, ao decidir, deve levar em conta quais são os fatos e valores que a vida exige, considerando essa sua acepção em um contexto social e histórico, decidindo o que for mais justo, após analisar a tensão dialética entre os três elementos do Direito, a dialética entre as principais funções do Direito (segurança jurídica, justiça e progresso social), a dialética social existente na luta entre classes e grupos, considerando que embora o Direito seja manifestação de poder, seu fundamento axiológico deve ser a promoção da justiça, e não do poder imperialista, mediante decisões que garantam a maximização das liberdades com a minimização do poder intervencionista estatal, reconhecendo-se, nesse procedimento, as liberdades das minorias, à luz de uma sociedade pluralista e democrática.

Em suma, sem um procedimento, quer para a produção do Direito, quer para a sua hermenêutica, de caráter dialogal, contextual, interdisciplinar, valorativo, multicultural, sistêmico, considerado à luz da tridimensionalidade do Direito e da tensão dialética entre seus elementos e objetivos primordiais, não se tem Direito, na concepção de um Estado Democrático de Direito centrado em direitos.[31]

## 6 HERMENÊUTICA DIALOGAL

A propugnação de hermenêutica vertente neste trabalho é de caráter contextual e sistêmico. Traz ao diálogo todas as hipóteses ventiladas como solução para o caso que se decide e o Direito que se interpreta, até mesmo as hipóteses oriundas do senso comum, sem rechaçar, *a priori,* nenhuma delas, a não ser após a joeira crítica do procedimento dialogal, à luz do constitucionalismo[32], da concepção material de constituição e do escopo pela construção de um verdadeiro Estado Democrático Social de Direito em que se identifique a respectiva tridimensionalidade teleológica: segurança jurídica, progresso social e justiça material.

Nesse procedimento, todo o conhecimento existente, seja qual for a sua proveniência, até mesmo quando oriundo do senso comum, poderá ser levado ao diálogo. O procedimento tradicional de hermenêutica, a vontade do legislador, o método histórico e os demais métodos, também serão considerados, mas

31 As concepções de Estado de Direito e Estado centrado no texto legal são tratadas por Dworkin (2001).

32 O constitucionalismo, aqui referido, apresenta-se como sinônimo de garantismo, segundo a obra acima citada de Luigi Ferrajoli, podendo-se resumir na sentença: garantia de minimização do poder intervencionista estatal e maximização das liberdades.

com a admoestação de que a hermenêutica não deve estar adstrita a esse sistema de normas tradicionais de hermenêutica.

Convém, antes, o esclarecimento de que hermenêutica e interpretação não são, tecnicamente, sinônimos. A hermenêutica é a teoria da interpretação, já a interpretação é o resultado da aplicação dessa teoria, *i.e.*, a hermenêutica é o procedimento interpretativo que colima um resultado, sendo este a interpretação, necessária à aplicação do Direito.

O culturalismo não se coarcta aos lindes procedimentais tradicionais de hermenêutica, divididos, segundo Maximiliano, respeitando-se seus grifos, em: "*filológico*; e o *lógico*, sendo este subdividido em *lógico propriamente dito*, e *social*, ou sociológico". [33]

O Direito é cultura, pois é criação humana. As culturas são plurais, quer considerando-se os vários Estados; quer, as diversas culturas de um mesmo Estado. Deve, portanto, ser concebido e interpretado, considerando-se seu apanágio multicultural.[34] A produção do Direito, mormente se for internacional e tangente aos direitos humanos, deve ser por meio de diálogo intercultural sobre preocupações isomórficas, garantindo, dessarte, o respeito entre os diferentes grupos, classes, sociedades e Estados, na produção democrática de um Direito legítimo, que se coadune à concepção crítica de justiça substantiva.

### 6.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Dworkin, na mesma obra, propõe que os juízes, em casos controversos, devem decidir politicamente. Não se trata de decisão política no sentido partidário, mas de decisão com espeque em fundamentos políticos constitucionais.

O dialogismo parte da indagação do intérprete. Indagar é dialogar. O juiz deve indagar, entre as hipóteses de decisão para o caso controverso, no universo sistêmico do conhecimento, qual a melhor decisão a ser tomada, ou seja, qual a decisão mais justa ao caso concreto, considerando princípios políticos constitucionais, que ele também denomina de princípios de moralidade política, sem influências de política partidária. Nesse diálogo, o juiz labutará com argumentos de fundamentos políticos, *v.g.*, o argumento de que a igualdade material é um objetivo político importante, objetivando calar os argumentos concernentes às hipóteses injustas, como a interpretação literal do cânone constitucional de que todos são iguais "perante a lei", sem promover a igualdade "por meio da lei", conforme preleciona Bonavides[35].

33 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 106.

34 SANTOS, 1997.

35 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

É imperioso consignar, além da lição de Bonavides, ser mais importante que a "igualdade por meio da lei", a igualdade por meio do Direito "justo", sendo esse compromisso um sobrelevado mister da magistratura, cujos membros devem abandonar a idéia de que são meros operadores do Direito, passando a atuar como construtores do Direito na edificação do Estado arquitetado pela Constituição Federal (arts. 1.° e 3.°), dando vida ao simples "cidadão de papel" ou à mera "folha de papel" – nas expressões, respectivamente, de Dimenstein[36] e Lassale[37] –, de forma a convolar esse cidadão com direitos além de formais em autêntico sujeito de direitos, promovendo sua plena cidadania, não apenas como cidadão nacional, mas como cidadão cosmopolita.

Analisando as questões envolvendo ações afirmativas por meio de discriminação positiva, compensatória ou inversa, de forma a se possibilitar a inclusão social dos negros, considerando os séculos de escravidão a que foram submetidos e preconceitos que sofrem até hoje, percebe-se que o princípio da igualdade material poderá ser invocado em questões controversas quando se interpretar o texto constitucional, pois ao canonizar em seu artigo 5.° que "todos são iguais perante a lei", aparentemente, teria proibido qualquer forma de discriminação.

Ora, uma lei de ação afirmativa visando à inclusão social dos negros, por meio de cotas exclusivas para ingresso nas universidades pode ser acoimada de inconstitucional por ferir literal e supostamente o princípio da igualdade consagrado na CF/1988. Contudo, essa interpretação gramatical possibilita apenas a igualdade formal, que desvinculada da material, propicia interpretação injusta, fazendo com que a aplicação do Direito siga na mesma sorte.

A proposta de interpretação literal do princípio da igualdade "perante a lei", em vez de "igualdade por meio do Direito justo", como hipótese de decisão, deve ser afastada pelo juiz, acolitado no argumento da justiça substantiva, ou seja, no de que a igualdade deve ser interpretada literalmente quando as partes em conflito ou interessadas forem iguais em termos factuais (Direito é também fato); quando, porém, diferentes forem os interessados (ex.: pobres e ricos), deverá o magistrado tratar desigualmente os desiguais na proporção em que se desigualam. Essa hipótese de decisão possui caráter teleológico de justiça material e subsiste ao diálogo sobre a concorrência dos princípios da liberdade e da igualdade entre o grupo dominante e o grupo dominado, para fazer valer a igualdade material ou substancial entre eles por meio de compensação promovida por uma discriminação positiva ou inversa, que, em favor de uma minoria oprimida, reconhece esta e a inclui socialmente, tendo sua igualdade preservada

36 DIMENSTEIN, Gilberto. **Cidadão de papel**: a infância, a adolescência e os direitos humanos. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.

37 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

e promovida por meio de políticas públicas positivas, *i.e.,* por obrigações políticas estatais "de fazer".

Esta é a diferença entre o juiz positivista e o juiz culturalista: este é argumentalista, aquele, não. O magistrado culturalista é o juiz filósofo, preconizado por Dworkin, ou sociólogo, apregoado por Maximiliano nas obras sobreditas. O juiz positivista é adepto do apotegma *dura lex, sed lex*. Ele deve ser neutro e dar a decisão que for objetiva e descritiva em face do caso concreto, não se importando com o conteúdo de justiça substantiva dessa decisão ao aplicar a lei, se justa ou injusta, para não macular a pureza da ciência jurídica, não se podendo confundir justiça com Direito, pois aquela, conforme prega o positivismo clássico, não diz respeito a esta, mas à Filosofia, que deve ser divorciada do Direito.

O juiz culturalista irá argumentar enquanto houver hipóteses para decidir o caso, até que lhe reste a mais consentânea e justa, lançando mão de argumentos de fundamentos políticos constitucionais, reconhecendo o homem como autêntico cidadão, e não como simples "cidadão de papel"; assim como a Constituição, em sua concepção material, e não como uma "Constituição folha de papel".

Enquanto o juiz positivista é um mero operador do Direito, o juiz culturalista é um construtor do Direito, não implicando dizer que este legisla, ofendendo assim a divisão de poderes, mas que se o caso é controverso, foi porque a decisão política lhe foi permitida pelo Legislativo, que, a todos os conflitos e situações, não pode prever, garantindo, dessarte, ao Judiciário, a função de guardar e promover os preceitos constitucionais para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Força é registrar que se a Constituição Federal constitui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em seu art. 3.°, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esse um dever de todos, logo, não se pode conceber um juiz, membro do Poder Judiciário, como mero operador, e não construtor desses ideais constitucionais. Como construir justiça desatrelada do Direito? Como conceder liberdade desatrelada da igualdade material?

Sem a construção de um Direito que promova esses ideais (art. 3.° da CF/1988), não se é solidário, sem a solidariedade não se constrói justiça nem se tem liberdade.

Dworkin faz distinção entre argumentos de princípios políticos e argumentos de procedimento político. Aqueles, mais ideais, recorrem a argumentos de princípios políticos de cidadãos individuais, enquanto estes, por serem de caráter mais utilitarista, exigem que uma decisão particular promova alguma concepção de bem-estar geral ou de interesse coletivo, buscando satisfazer o interesse geral ou da maioria, desvinculando-se do caráter principiológico da primeira.

Existe uma correlação entre o magistério de Dworkin quanto aos argumentos de princípio político e de procedimento político com duas das três funções principais do Direito no elenco de Reale (justiça e progresso social). Os argumentos de princípios políticos se assemelham à função ideal de justiça do Direito, considerando o interesse individual e a concepção de pluralismo social, enquanto os argumentos de procedimento político possuem caráter utilitarista, assemelham-se à função do Direito relativa ao progresso social.

Dworkin defende os argumentos de princípio político, por serem mais consentâneos ao ideal de um Estado de Direito centrado em direitos, e não, meramente, no texto legal. Esclarece que o Estado de Direito centrado no texto legal (de orientação positivista), limita-se a cumprir seu ordenamento jurídico, sem se importar com seu conteúdo jurídico, por entender que a concepção de justiça substantiva é um ideal diverso do Estado de Direito, devendo a lei ser obedecida, por ter passado pelo processo legislativo, sendo expressão da maioria. Essa orientação desconsidera a necessidade de regras pluralistas, que atendam aos direitos das minorias existentes na sociedade.

A concepção de Estado de Direito centrado em direitos reconhece que os cidadãos possuem direitos e deveres morais (fundamentação ética) entre si e direitos políticos perante o Estado, devendo esses direitos morais e políticos ser reconhecidos no Direito positivo, sendo a justiça substantiva um ideal do Direito.

### 6.2 DIREITO E LITERATURA

Reale[38] pontifica que o tridimensionalismo, além do Direito, também ocorre na arte, afirmando que uma obra de arte é a expressão formal (pintura) de uma vivência axiológica do fato vivido pelo artista. O que é forma para o artista, é norma para o jurista. A norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor.

Dworkin[39], intentando demonstrar a necessidade de religação do conhecimento, como proposta do culturalismo, enquanto paradigma emergente, traça semelhanças entre a hermenêutica da literatura e a hermenêutica jurídica, explicando, assim, que outras áreas do conhecimento são importantes para a aplicação do Direito. Critica o positivismo clássico, construindo uma teoria de hermenêutica contextualizada, partindo da hermenêutica literária para a jurídica.

38 REALE, 2005.
39 DWORKIN, 2001.

Esclarece que, embora haja outras teorias interpretativas literárias, duas correntes de interpretação preponderam na Literatura: a hipótese estética e a intenção do autor.

Na hipótese estética, importa saber qual a melhor forma de ler o texto interpretado, a fim de revelá-lo como a melhor obra de arte, na aspiração da descoberta do sentido de uma palavra ou expressão, mas, principalmente, do sentido da obra em seu todo, extraindo da interpretação afirmações com propósito prático.[40]

As principais diferenças entre as escolas de interpretação literárias dizem respeito ao propósito da arte. Segundo as duas correntes mais importantes, a arte será boa quando: a) houver perfeita comunicação entre o autor e seu público pelo fato de o autor ter-se feito entender; b) a obra tiver a capacidade de estimular e/ou inspirar a vida do público. Dworkin perfilha a segunda corrente, pois o público, e não o autor da obra, deve estar em primeiro plano.

Parelhamente à hipótese estética, Dworkin constrói uma teoria política de interpretação, pois Direito não é arte, mas criação política do homem. A interpretação do Direito, por seu turno, deverá atender não ao que, literalmente, diz a lei (ex.: ato de apenas ler o art. 5.°, *caput,* da CF/1988, descrevendo a igualdade formal), ainda que haja "boa comunicação entre autor e público". Deve-se priorizar a melhor forma de ler o texto legal, colimando melhorar (influenciar e estimular) a vida das pessoas, consideradas individualmente, dentro de uma concepção de Estado de Direito centrado em direitos (ex.: deve-se ler o art. 5.°, *caput,* da CF/1988, promovendo a igualdade material).

As teorias da arte, assim como a teoria política de hermenêutica jurídica, devem ser contextualizadas. Essas teorias não existem independentemente da Filosofia e das demais ciências, sendo impossível a produção de um Direito avaloralorativo e descritivo, pois a veia mais religiosa, científica ou filosófica do intérprete lhe imporá o que lhe seja mais valioso. Dworkin[41] adverte que as reflexões abstratas sobre como deve ser e para que deve ser a boa arte são insuficientes para a interpretação, esclarecendo que a leitura contextualizada e globalizada com outros conhecimentos seria a solução.

Quanto à corrente que busca a intenção do autor, Dworkin, na mesma obra, estabelece um paralelo com o método de hermenêutica jurídica que propugna por se saber a intenção do legislador, esclarecendo que esse método é fraco e pouco útil, embora não possa ser descartado *a priori*, pois adverte que

40 Aqui, novamente, observa-se a semelhança entre Dworkin e Reale quanto às funções primaciais do Direito, pois o melhor da obra, Dworkin dirá ser o ideal de justiça do Direito, enquanto o propósito prático, poderá ter não apenas essa finalidade ideal, como um caráter mais utilitarista, visando ao progresso social, ambos, justiça como ideal e progresso social como utilidade, são preconizados por Reale em sua teoria tridimensional.
41 DWORKIN, 2001.

nenhuma hipótese de decisão poderá ser preterida sem prévia argumentação e diálogo. Essa hipótese é pouco útil porque o autor, depois de ler, por vezes consecutivas, sua obra, pode dela se arrepender ou dar a ela outra interpretação. Pode, ainda, a obra ganhar vida própria em relação à interpretação dada por seu público, não coincidindo com a do autor, avigorando a asserção de que a melhor interpretação é aquela que busca estimular e/ou inspirar a vida de seu público.

Dworkin compara a interpretação legislativa feita pelos juízes com um romance em série escrito por vários autores. Um romance escrito por cinco autores contratados, cada um, para escrever um capítulo, implica dizer que o primeiro possuirá mais liberdade para criar que o segundo e o segundo que o terceiro e assim por diante, até que o último esteja bem mais limitado que seus predecessores.

O último autor, embora esteja autorizado a criar, deverá respeitar a identidade da obra já incoada pelos escritores anteriores, mantendo coerência com o que já esteja escrito. Portanto, o intérprete não está inteiramente livre para inventar, conquanto possa criar, considerando o que já está. O autor subseqüente, ou o intérprete, não cria segundo a sua livre vontade, mas em conformidade com a identidade e integridade do objeto de estudo, considerado em seu sistema.

O romance em cadeira revelará, na hermenêutica jurídica, que, embora a hipótese estética promova uma interpretação subjetiva da Literatura, tal qual a teoria política na exegese jurídica (o que é criticado pelos positivistas conservadores), referida hipótese não é fraca, consoante se os positivistas se propõem a inquiná-la, pois a neutralidade apregoada por eles, os positivistas, é impossível.

Ao demonstrar que sua hipótese estética não é fraca por ser subjetiva, permitindo que o intérprete também crie, embora com limitação. Dworkin apresenta subteorias de interpretação que garantam a identidade da obra com coerência e respeito à integridade da obra (ou do sistema jurídico), impossibilitando o excessivo arbítrio subjetivo do intérprete.

Assim, existem critérios interpretativos a serem respeitados, mas suas abordagens não são o propósito deste trabalho. Basta revelar que a historicidade da obra seria um deles. Esses critérios devem ajustar-se à interpretação jurídica, demonstrando a finalidade ou valor do Direito, que seria servir politicamente à construção de um Estado de Direito centrado em direitos, como um empreendimento político, cuja finalidade geral seria coordenar o esforço social e individual, resolver disputas sociais e individuais, assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo ou alguma combinação desses escopos.

Importa dizer, cotejando a proposta hermenêutica contextualizada e argumentalista, portanto, dialógica de Dworkin, com a teoria tridimensional realeana, que o Direito deve ser interpretado como uma questão de princípio (daí

advém o porquê do rótulo de sua própria obra), demonstrando o seu valor, em termos de política constitucional, o intérprete elegerá o melhor princípio, segundo a política constitucionalista a que serve. É dever do juiz interpretar a história jurídica, garantindo a identidade da "obra". Interpretando, ele cria, mas limitado à identidade, coerência e integridade do sistema jurídico. Cria sem inventar outra história, ainda que para ele outra versão fosse melhor. Cria não propriamente para inovar, mas para materializar e promover o Direito, dar-lhe consecução e propósito à luz da concepção de Estado de Direito centrado em direitos.

O juiz argumentalista interpreta o texto legal considerando até o senso comum. Ele deve levantar todas as hipóteses possíveis, mesmo aquelas que sempre foram teses sucumbentes nos tribunais, pois a teoria de interpretação deve conter uma doutrina do erro. Dessarte, o juiz deverá estudar, na seqüência dos casos anteriores, os contra-exemplos com argumentos que sugerem o contrário.

O senso comum importa ao dialogismo, pois a finalidade do Direito é social. A teoria tridimensional do Direito reconhece o fato, como objeto de estudo da Sociologia, considerando que o fato antes de ser jurídico já era social e essa primeira natureza jamais se perde.

Boaventura[42], no mesmo lamiré de Dworkin, canta que a produção do Direito não deve rechaçar o senso comum, pois o conhecimento nasce no seio social, passa por um processo científico, ganhando linguagem técnica própria; assim, atinge um saber mais rigoroso e concatenado, rompendo, em um primeiro momento, com a linguagem do senso comum, sendo sistematizado, para, ao fim, retornar em proveito da sociedade. Nesse retorno do saber científico à sociedade, Boaventura propõe uma segunda ruptura, por ser necessário voltar à linguagem do senso comum, para que os resultados da pesquisa sejam acessíveis a todos os membros da comunidade, visto que ela deverá estar sempre em primeiro plano, consoante a melhor teoria de hipótese estética levantada por Dworkin, *i.e.,* o conhecimento científico acaba refletindo no senso comum, promovendo neste um alargamento.

Em arrematação, Dworkin propõe, tal qual Reale, a interpretação contextual e dialógica do Direito, por ser argumentalista, permitindo melhor análise de seus elementos dialéticos, visto ser finalidade do Direito um empreendimento político justo e geral.

### 6.3 HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Boaventura[43], ao tratar da globalização dos direitos humanos também propõe um procedimento hermenêutico sistêmico e dialogal, por ele denomina-

42 SANTOS, 2002.
43 SANTOS, 1997.

do hermenêutica diatópica[44]. Considera a tensão dialética entre os Estados nesse processo de globalização, de forma a se possibilitar que os direitos humanos internacionais sejam internalizados com legitimidade no Direito (interno) de cada Estado por meio de uma globalização de baixo para cima, de caráter contra-hegemônico, a qual recebe a antonomásia de cosmopolitismo.

A globalização dos direitos humanos pode partir de países centrais, tendo um caráter hegemônico, por ser de cima para baixo, o que seria um erro, segundo Boaventura, por permitir a imposição de dada cultura dominante sobre outras, propiciando o que ele define de "canibalização cultural". A globalização também pode partir de países periféricos, em razão da intensificação de interações globais, permitindo que esses países, regiões, classes e grupos sociais subordinados, após adquirirem a consciência da dominação a que estão submetidos, organizem-se transnacionalmente em defesa dos direitos humanos e de muitos outros interesses comuns. A forma de globalização contra-hegemônica, por partir de baixo para cima com o reconhecimento de interesses comuns, fitando a consecução dos mesmos ideais, permite um diálogo intercultural sobre preocupações isomórficas, que, por essa idiossincrasia, garante que todas as culturas, nesse processo dialogal e dialético, sejam respeitadas e com isso, que os direitos humanos internacionais sejam internalizados com legitimidade e sem imperialismo.

O cosmopolitismo dos direitos humanos será viabilizado quando esses Direitos forem "reconceptualizados" como multiculturais, e não como Direitos universais de aplicação imperialista ditada por uma globalização hegemônica canibalesca, pois os direitos humanos, adverte Boaventura, não são universais na sua aplicação, sendo essa concepção ocidental.

Cinco premissas, que serão úteis à hermenêutica diatópica dos direitos humanos internacionais, são listadas por Boaventura[45] para a globalização contra-hegemômica (cosmopolita) dos direitos humanos, sendo elas: 1) a de que a superação do debate entre universalismo e relativismo cultural, adotando-se a concepção de multiculturalismo; 2) a de que todas as culturas possuem concepções sobre dignidade humana, mas nem todas a concebem em termos de direitos humanos, daí a importância de se identificarem, na hermenêutica diatópica, preocupações isomórficas entre as diferentes culturas; 3) a de que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana, devendo-se aumentar a consciência de incompletude até ao máximo possível; 4) a de que as diferentes culturas possuem diferentes concepções sobre

44 A hermenêutica diatópica, partindo da concepção de que os direitos humanos são multiculturais, permite a interpretação jurídica com um pé em uma cultura e outro noutra, sem nenhuma orientação imperialista, de forma a respeitar todas as culturas.

45 SANTOS, 1997.

a dignidade humana, implicando diferentes amplitudes dos círculos de reciprocidades, propondo-se que se promova a ampliação das reciprocidades quanto à concepção e prática dos direitos humanos; 5) a de que todas as culturas acabam por distribuir as pessoas entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica, o princípio da igualdade e o princípio da diferença.

A hermenêutica diatópica considera que toda cultura possui seus *topoi*, que funcionam como premissas de argumentação, que permitem a argumentação, partindo de argumentos indiscutíveis.

A concepção multiculturalista dos direitos humanos possibilitará o diálogo intercultural sobre preocupações isomórficas, impondo que se leia dada cultura pelos *topoi* dela própria para evitar o imperialismo cultural e a imposição de uma cultura sobre a outra[46]. O respeito mútuo devido no diálogo intercultural, em um procedimento com preocupações isomórficas, facilita conhecer a cultura alheia pelos respectivos *topoi*, propondo ampliação do círculo de reciprocidades dos direitos humanos com base no conhecimento e respostas dadas pela cultura que se lê, sem ingerência de outras culturas a não ser para, no cotejo, verificar-se a incompletude de cada cultura (por dentro, e não de fora para dentro), pois é muito difícil que se vejam as incompletudes e as falhas de cada qual sem um olhar sobre as demais culturas pelo fato de cada cultura tender a se considerar completa, correta e suficiente.

O escopo da hermenêutica diatópica não é atingir a completude até porque parte, ao diálogo intercultural, da premissa de que todas as culturas são incompletas, laborando, assim, na ampliação da consciência dessa incompletude até o máximo possível, por meio de um diálogo que se desenvolva com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisso reside a hermenêutica diatópica.

Como exemplo de hermenêutica diatópica, Boaventura lê, à luz dos *topoi* do islamismo, para encontrar nessa cultura uma resposta que amplie o leque de reciprocidades dos direitos humanos. É claro que para enxergar a resposta no próprio islamismo, houve um cotejo dessa cultura com a cultura ocidental, mas sem imposição desta cultura sobre aquela.

Boaventura aponta a *Shari'a* como sistema jurídico religioso do Islã. A *Shari'a* é inconciliável com os direitos humanos segundo a concepção fundamentalista em, pelo menos, dois momentos: segrega a mulher, que não possui direitos para a vida pública; só reconhece cidadania a muçulmanos, excluindo os não-muçulmanos. Essas restrições implicam dificuldades para o reconhecimento dos direitos humanos no Islã e para o processo de paz na região.

46 Por vezes, a bandeira dos direitos humanos foi hasteada desvirtuando sua finalidade para a promoção da dominação geopolítica de países centrais, *v.g.,* a riqueza de detalhes e inúmeras reportagens norte-americanas tangentes às ofensas aos direitos humanos no Irã e no Vietnã.

Ao se cotejar os fundamentos interculturais da *Shari'a* com os critérios dos direitos humanos, identifica-se o problema da exclusão das mulheres e dos não-muçulmanos do leque de reciprocidades concernentes a esses Direitos.

A solução estaria em uma reforma da *Shari'a*, considerando-se a própria cultura islâmica para essa reforma, instando observar que os direitos humanos reconhecidos pelas demais culturas não estão sendo impostos, foram apenas apresentados para que se identificasse o problema e a incompletude cultural local.

Um argumento forte seria o de que a *Shari'a* foi criada nos séculos XVIII e IX, em um contexto histórico diverso, que não justificava a reciprocidade pretendida no presente. Fazendo jus ao contexto atual, há no próprio Alcorão, tomado como fonte originária do islamismo, plena justificação para a ampliação dos direitos humanos e para a sua extensão às mulheres e aos não-muçulmanos. Portanto, o que a hermenêutica diatópica possibilitou foi, em vez de impor uma cultura alheia, ler a cultura islâmica pelos próprios *topoi* dela, acordando fundamentos adormecidos que necessitavam ser revistos.

A hermenêutica diatópica permite uma política cosmopolita, firmando um elo entre as diversas culturas de forma a que elas sejam, mutuamente, inteligíveis, tornando injuntiva a produção de um conhecimento coletivo, interativo, intersubjetivo e reticular, que possibilite o diálogo quanto a toda e qualquer hipótese, por meio de argumentos com espeque nas concepções de Estado de Direito centrado em direitos, e de Constituição material, revelando a incompletude cultural de cada sociedade e com isso aguçando a consciência de reconhecimento e ampliação do raio de abrangência dos direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Em suma, urge asseverar que os direitos humanos não apenas possuem caráter tridimensional (fato, valor e norma), como também são multiculturais, sendo a hermenêutica a teoria ou o sistema de regras destinado à interpretação do Direito, cujo propósito, além de aplicar o Direito, deverá ser o de promovê-lo, garantindo segurança jurídica e utilidade no tangente ao progresso social, todavia, tendo por precípuo anelo a promoção da justiça substancial.

Os maiores desideratos do Direito devem ser a promoção da igualdade material e da liberdade, primacialmente da igualdade, por não ser incomum, em algumas situações, que igualdade e liberdade colidam, devendo aquela, na ponderação, sobrelevar. Afinal, para se obter a igualdade material, faz-se necessária a limitação da liberdade.

Essa ponderação, todavia, deve ser à luz do constitucionalismo (= garantismo), de forma a não se permitir por meio do procedimento hermenêutico consentâneo, *i.e.,* dialógico e contextual, intervenções estatais desnecessárias.

O intérprete, considerando o Direito tridimensional e multicultural, dentro de um critério de proporcionalidade, deverá garantir e promover a construção do Estado Democrático de Direito centrado em direitos, que implica o respeito ao equilíbrio entre a maximização das liberdades e a minimização do poder intervencionista estatal pregado por Ferrajoli.[47]

A liberdade pressupõe igualdade e vice-versa. O homem está em luta constante por suas liberdades, as quais são limitadas pelo Direito. Esses lindes, porém, não devem ter o condão de manutenção do poder por alguém ou alguns, mas o anelo do constitucionalismo[48], possibilitando a liberdade de todos até o máximo possível, conquanto não plenamente, pois um Estado sem limitação das liberdades individuais, na verdade, não propicia a liberdade a ninguém, ao revés, reduz a sociedade a seu estádio mais selvagem de anomia, prejudicando a tridimensionalidade finalística do Direito ao norte debatida sob o farol de Reale: segurança jurídica, progresso social e justiça material.

Liberdade e historicidade devem ser consideradas de forma associada e o homem como valor-fonte transcendental de todos os valores[49]. Assim, o juiz, ao decidir, deve levar em conta quais são os fatos e valores que a vida exige, em dado momento e lugar, considerando também o contexto social e histórico, decidindo o que for mais justo, após as análises seguintes: da tensão dialética entre os três elementos do Direito; da dialética entre as principais funções do Direito (segurança jurídica, justiça e progresso social); da dialética social existente na luta entre classes e grupos e entre Estados, considerando que embora o Direito seja manifestação de poder, seu fundamento axiológico deve ser a promoção da justiça, e não do poder estritamente coercitivo ou imperialista, mediante decisões que garantam a maximização das liberdades com a minimização do poder intervencionista estatal, reconhecendo-se, nesse procedimento, as liberdades das minorias, sob a luz da consciência de uma sociedade pluralista e democrática.

---

47 Este trabalho adota apenas a fórmula garantista de Ferrajoli como proposta, mas não, inteiramente, a proposta desse autor quanto à minimização do poder intervencionista estatal, por entender ser extremada. Adverte-se que o garantismo se dá em graus e que nem sempre propostas radicais de minimização do poder estatal são constitucionalistas. O exemplo plástico mais radical dessa proposta vem com os abolicionistas do Direito Penal, podendo-se citar entre eles Hulsman e Celis, que não se contentam em reduzir, pregando a eliminação completa da intervenção estatal por meio ramo do Direito. Cf. FERRAJOLI, 2006; HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

48 Sobre constitucionalismo ver BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 148.

49 REALE, 2005.

Sem um procedimento, quer para a produção do Direito, quer para a sua hermenêutica e aplicação, de caráter dialogal, contextual, interdisciplinar, valorativo, multicultural, sistêmico, considerado à luz da tridimensionalidade do Direito e da tensão dialética entre seus elementos (fato, valor e norma) e objetivos primordiais (segurança jurídica, progresso social e justiça material), não se tem Direito "centrado em direitos", na verdadeira concepção de um Estado Democrático de Direito, que não se coarcta ao texto legal.[50]

A tridimensionalidade do Direito rasga o reposteiro que encobre o embuste das principais ideologias jurídicas clássicas (positivista e jusnaturalista), impondo sejam abraçadas as propostas do culturalismo jurídico na produção, na hermenêutica e na aplicação do Direito, com a adoção do paradigma emergente de produção do conhecimento, religando-se todas as ciências entre si e elas à Filosofia e a todo conhecimento existente, até mesmo ao saber próprio do senso comum em um procedimento dialogal, que considere: a dialética histórica, econômica e social; a dialetização existente entre os três elementos e as três finalidades do Direito, pois seus fins também se dialetizam. Isso torna injuntiva a ruptura com os grilhões do positivismo clássico peculiar ao, ainda, paradigma dominante, sem, contudo, excluí-lo do dialogismo, visto que todo o conhecimento deve ser religado e levado à argumentação, a fim de que sob o farol solar do constitucionalismo, dos princípios políticos moralizadores constitucionais, do desiderato de promoção de uma Constituição material e de um Estado de Direito centrado em direitos, sejam produzidas e aplicadas as normas jurídicas (regras e princípios), que, em face de dado fato, abstrato (legiferação) ou concreto (aplicação do Direito), chancelem valores de justiça substantiva, segundo a concepção constitucional de um verdadeiro Estado Social Democrático de Direito.

50 As concepções de Estado de Direito e Estado centrado no texto legal são tratadas por Dworkin (2001).

# Crônicas Legislativas

Ver-o-Peso (ao fundo Mercado de Peixe)

# RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA: O ARTIGO 396, *CAPUT*, E O ARTIGO 399, DO CPP, COM A REDAÇÃO DA LEI N.º 11.719/2008

Renato Marcão*

Uma discussão atual das mais acirradas centra suas energias na definição do exato momento em que ocorre o efetivo recebimento da denúncia ou queixa no processo penal, e isso em razão das disposições trazidas pela Lei n.º 11.719/2008.

Segundo pensamos, oferecida a denúncia ou queixa, caberá ao juiz proceder à análise da inicial acusatória sob o aspecto formal, verificar os elementos de prova que a instruem e, sendo o caso, *rejeitá-la* liminarmente, a teor do disposto no artigo 395 do Código de Processo Penal (CPP), assim procedendo, quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou faltar justa causa para o exercício da ação penal. Para ser viável, é imprescindível que a inicial acusatória esteja formalmente em ordem e substancialmente autorizada.

Não identificando qualquer das causas justificadoras da *rejeição* linear e, portanto, entendendo viável a acusação, o juiz deverá proferir *despacho de recebimento* da peça acusatória e ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Apesar da redação do artigo 399 do CPP[1], que também fala em recebimento da denúncia ou queixa, não há falar em mero juízo *preliminar de admissibilidade* da acusação por ocasião do artigo 396, *caput*, do CPP.

A lei é clara ao determinar o efetivo recebimento da denúncia já por ocasião do artigo 396 ("[...] o juiz, se não a rejeitar liminarmente, 'recebê-la-á' [...]") e o curso do procedimento com a citação do acusado, de molde a permitir que o processo tenha completada sua formação, como explicita o artigo 363 do CPP, havendo harmonia entre esses dispositivos.

* Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio E. de Jesus, do curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e do curso de pós-graduação do Instituto Busato de Ensino. Mestre em Direito Penal, Político e Econômico. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: *Tóxicos* (Saraiva), *Curso de execução penal* (Saraiva), *Estatuto do Desarmamento* (Saraiva), *Crimes de trânsito* (Saraiva) e *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada* (Lumen Juris). Co-autor dos livros: *Notáveis do Direito Penal* (Consulex) e *Comentários à Lei de Imprensa* (Revista dos Tribunais).

1 "Recebida a denúncia ou queixa [...]".

Para que se tenha por completa a formação do processo, é imprescindível estabelecer a relação triangular que envolve a acusação (oferecimento da peça acusatória), o juiz (recebimento formal da acusação) e o réu (citação válida). Entender que o recebimento da denúncia só ocorre por ocasião do artigo 399 do CPP acarreta negar vigência ao artigo 363 do mesmo *Codex*, e também vigência parcial ao artigo 396.

A técnica jurídica está explícita. A lei fala em *rejeição* da denúncia ou queixa e *absolvição* sumária, havendo entre elas o *recebimento* e a *citação. Rejeição*, como é óbvio, antes do recebimento da inicial acusatória. *Absolvição sumária*, como também é reluzente, após a efetiva instauração da ação penal, pressupondo-se o recebimento formal da acusação e a citação e estando completa a formação do processo, como diz o artigo 363 do CPP.

O artigo 406 do CPP, com a redação da Lei n.º 11.689/2008[2], bem indica a opção do legislador no sentido de determinar o efetivo recebimento da inicial acusatória antes de mandar citar o acusado para apresentação da resposta escrita.

Não se seguiu, por aqui, a opção antes exposta no artigo 81 da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), no artigo 38 da Lei n.º 10.409/2002 (anterior Lei de Drogas, já revogada) e no artigo 55 da Lei n.º 11.343/2006 (atual Lei de Drogas), no sentido de permitir resposta à acusação precedente ao recebimento da peça inaugural.

É necessário observar, ainda, que o artigo 397 do CPP estabelece hipóteses em que o juiz, analisando o conteúdo da resposta escrita, poderá/deverá decretar a absolvição sumária do acusado. É sem lógica pensar possa ser proferida sentença absolutória sem que exista processo efetivamente instaurado, e, se é certo que processo instaurado pressupõe inicial acusatória formalmente recebida, resulta inviável pretender que o recebimento efetivo só ocorra por ocasião do artigo 399 do CPP, cuja redação remete ao passado ("recebida").

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

Não há qualquer dúvida de que o legislador deveria ter pautado por melhor técnica a redação dos artigos 366 e 399 do CPP. Os lamentáveis e evitáveis equívocos em que se tem incorrido em matéria penal e processual penal são recorrentes, infelizmente, e bastante sintomáticos.

2 "Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias".

Sustentam que a inicial acusatória deve ser recebida já por ocasião do artigo 396, *caput*, do CPP: Eugênio Pacelli de Oliveira[3], Guilherme de Souza Nucci[4], Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto[5], e Rômulo de Andrade Moreira[6].

Em sentido contrário, Geraldo Prado[7] assim leciona:

> [...] oferecida a denúncia ou queixa e se não houver imediata rejeição, por aplicação do disposto no artigo 395 do Código de Processo Penal, o juiz determinará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, em dez dias. Somente depois disso é que o juiz poderá receber a inicial (artigo 399), caso não rejeite à luz dos novos argumentos ou não absolva o acusado com fundamento em alguma das causas previstas no artigo 397 do mesmo estatuto.
>
> Sob o ângulo prático esta interpretação/aplicação restitui as coisas aos seus devidos lugares e conforma a atividade da legislação ordinária a critérios constitucionais. E, não menos importante, permite que a Reserva de Código opere em uma dupla dimensão garantista: reforçando a ideia do Código como 'instrumento de acesso e interação com uma determinada realidade'[8] e fundando a necessária racionalidade a possibilitar que a norma processual prevista no artigo 394, § 4.º, do Código de Processo Penal cumpra a 'exigência constitucional de validade do sistema'[9].

Seguem essa mesma linha de pensamento Cezar Roberto Bitencourt e Jose Fernando Gonzalez[10].

---

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 640.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 715.

5 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: RT, 2008, p. 338.

6 MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal: procedimentos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 56, n. 370, ago. 2008, p. 117.

7 PRADO, Geraldo. Sobre procedimento e antinomias. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 190, set. 2008, p. 5.

8 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

9 PASTOR, Daniel R. **Recodificación penal y principio de reserva de código**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 11.

10 BITENCOURT, Cezar Roberto; GONZALEZ, Jose Fernando. O recebimento da denúncia segundo a Lei n.º 11.719/08. **Revista Consultor Jurídico**, 29 set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-29/recebimento_denuncia_segundo_lei_1171908>. Acesso em:

Antonio Scarance Fernandes e Mariângela Lopes[11] denominam o primeiro despacho (art. 396, *caput*) "recebimento preliminar" e concluem que o recebimento efetivo, sendo o caso, somente se dará após o oferecimento da resposta escrita.

As posições doutrinárias estão postas claramente, e todas fundadas em fortes argumentos que reclamam cuidadosa reflexão.

As consequências práticas de se adotar uma ou outra não se limitam ao debate ideológico ou acadêmico.

Resta aguardar para ver o entendimento que, enfim, prevalecerá na Suprema Corte.

11 FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 190, set. 2008, p. 2.

# LEI N.º 12.012, DE 6 DE AGOSTO DE 2009: INGRESSO DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR EM ESTABELECIMENTO PENAL

Renato Marcão*

**Sumário**:

Introdução; 1 Sobre a posse de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal; 2 A Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Não constitui novidade para quem quer que seja a complexidade dos problemas relativos às organizações criminosas e suas variadas maneiras de atuação, dentro e fora dos estabelecimentos penais, noticiada pela mídia tantas vezes, que, de maneira permanente, tem ocupado a atenção dos estudiosos do Direito Penal e de outros variados ramos do conhecimento humano ligados à segurança pública em sentido amplo.

Nada obstante algumas investidas do Poder Público contra a alarmante realidade que é o "poder paralelo" em que se transformou o "mundo do crime", as organizações criminosas estabeleceram-se, cresceram e fincaram raízes profundas na sociedade e nos diversos segmentos da administração pública, inclusive e notadamente no âmbito de alguns de seus tentáculos destinados exatamente ao combate da criminalidade.

No manejo das atividades criminosas, o uso de aparelhos de telefonia celular tornou-se componente de acentuada magnitude na agilização das negociatas, constituindo, ainda, uma das formas de se "fazer presente e ter voz ativa" dentro dos segmentos das facções que desafiam a vida ordeira, esteja o agente submetido ou não aos *rigores* de um estabelecimento penal.

Se na vida livre tal produto da tecnologia moderna tem-se revelado valioso instrumento nas atividades ilícitas, estando o agente preso, com mais forte razão traduz mecanismo de grande valia no comando das práticas ilícitas e

* Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio E. de Jesus, do curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e do curso de pós-graduação do Instituto Busato de Ensino. Mestre em Direito Penal, Político e Econômico. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: *Tóxicos* (Saraiva), *Curso de execução penal* (Saraiva), *Estatuto do Desarmamento* (Saraiva), *Crimes de trânsito* (Saraiva) e *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada* (Lumen Juris). Co-autor dos livros: *Notáveis do Direito Penal* (Consulex) e *Comentários à Lei de Imprensa* (Revista dos Tribunais).

viabilizador de sua participação na rotina diária do empreendimento marginal, permitindo direto contato com seus pares em liberdade ou confinados em outros estabelecimentos penais, de forma a manter – e algumas vezes a ampliar e até a intensificar – as molduras do comando organizacional da realidade em que se inserem.

Bem por isso, desde o surgimento de tal aparato eletrônico, passou-se a discutir as consequências jurídicas que devam ser impostas àqueles que se encontram no cumprimento de pena criminal e possuem e/ou se utilizam de tais aparelhos de telefonia celular no interior de estabelecimentos penais, bem como as medidas punitivas direcionadas àqueles que, de qualquer maneira, introduzem ou permitem a entrada dos mesmos aparelhos no ambiente carcerário, para a utilização dos detentos.

A realidade exigiu (e continua a exigir) o pronunciamento da doutrina e dos tribunais, terminando por movimentar a máquina legislativa federal, quase sempre envolvida com seu próprio mundo marginal, como também é de sabença comum.

## 1 SOBRE A POSSE DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PENAL

Instados inicialmente os Tribunais a se pronunciarem a respeito de configurar ou não falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade a conduta consistente em portar aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento prisional, a jurisprudência dominante firmou-se no sentido negativo, ou seja, de não configurar falta grave, isso em razão da inexistência de previsão legal tratando da matéria, conforme demonstram os julgados que seguem indicados: STJ, HC 59.436/SP, 5.a T., j. 15 ago. 2006, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU*, 4 set. 2006, *RT* 855/568; STJ, HC 73.295/SP, 5.a T., j. 24 abr. 2007, v.u., rel.a Min. Laurita Vaz, *DJU*, 28 maio 2007, *RT* 864/567; TJRJ, Ag. 2005.076.00233, 7.a Câm., j. 23 maio 2005, v.u., rel.a Des.a Maria Zélia Procópio da Silva, *DORJ*, 20 set. 2006, *RT* 856/657; TJSP, AE 964.801.3/7-0000, 7.a Câm., j. 7 dez. 2006, v.u., rel. Des. Ivan Marques, *RT* 859/603; *RJDTACrimSP* 62/32; TJSP, HC 1.118.677-3/7, 1.ª CCrim., rel. Des. Márcio Bártoli, j. 11 dez. 2007, v.u., *Boletim de Jurisprudência do TJSP*, n. 138.

Em sentido contrário, consultar: TJSP, HC 474.433.3/0, 4.ª Câm., rel. Des. Luís Soares de Mello, j. 14 jun. 2005, *RT* 842/533; TJSP, AE 00999728.3/4-0000-000, 5.a Câm. da S. Crim., j. 11 jan. 2007, v.u., rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, *RT* 860/608-609.

Portar aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento prisional constitui falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade desde 29 de março de 2007.

A Lei n.º 11.466/2007, que entrou em vigor no dia 29 de março de 2007, resolveu a discussão a respeito da matéria, ao acrescentar o inciso VII ao artigo 50 da Lei de Execução Penal (LEP), estabelecendo que constitui falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade ter o preso em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

> A superveniência da Lei 11.466/2007, que alterou o art. 50 da Lei 7.210/84, passando a prever como falta disciplinar grave a posse de telefone celular nas dependências do presídio, não alcança situações anteriores à sua vigência, em face do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (TJSP, AE 01058130-3/5-0000-000, 1.ª Câm. do 1.º Grupo da S. Crim., j. 3 jul. 2007, rel. Des. Figueiredo Gonçalves, *RT* 866/643-644).

A Lei n.º 11.466, de 28 de março de 2007, também introduziu o artigo 319-A no Código Penal (CP) brasileiro, possibilitando punir com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, o Diretor de Penitenciária e/ou o agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

## 2 A LEI N.º 12.012, DE 6 DE AGOSTO DE 2009

A Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009, introduziu o artigo 349-A no Código Penal brasileiro e passou a punir com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, o fato de "ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional".

Por se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, encontra-se exposta ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais, conforme decorre do disposto no artigo 61 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 (com a redação do artigo 1.º da Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006), e no artigo 394, § 1.º, III, do Código de Processo Penal (CPP) (com a redação da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008), pois a pena máxima cominada não é superior a 2 (dois) anos.

Cuida a hipótese de crime comum, pois não se exige qualquer qualidade especial do agente, muito embora em boa parte das vezes termine por alcançar funcionário(s) público(s) envolvido(s) com a administração do estabelecimento prisional visado pela prática criminosa, notadamente nas modalidades *auxiliar* ou *facilitar*, raciocínio que não exclui, evidentemente, a possibilidade da prática pelos mesmos funcionários públicos mediante a realização de qualquer dos outros verbos. Não se pode negar, é óbvio, que o funcionário público também poderá *ingressar*, *promover* ou *intermediar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional, expondo-se, dessa maneira, à incidência penal.

Muito embora o legislador não tenha dito, quando deveria, é inegável que a incidência típica somente surgirá quando a conduta tiver por objetivo permitir que o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, seja introduzido no estabelecimento prisional para chegar às mãos de qualquer pessoa submetida a encarceramento por força de decisão judicial.

Só é punível a conduta dolosa. É de se exigir, ainda, a demonstração de dolo específico, evidenciado na intenção dirigida de fazer com que o aparato termine em mãos de quem não poderia recebê-lo em razão de estar submetido a estabelecimento penal. A regra não alcança o simples incauto.

Nessa exata medida, não pode ver-se exposto à acusação criminal por incidência do artigo 349-A do Código Penal aquele que simplesmente ingressa ou tenta ingressar no estabelecimento penal trazendo consigo aparelho de telefonia celular, *v.g.* É preciso que a conduta tenha por finalidade algo que verdadeiramente tem sentido punir nos moldes da tipificação trazida com a Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009. O princípio da razoabilidade, entre outros, assim determina.

A inovação revelada no artigo 349-A do Código Penal tem relação direta com o crime do artigo 319-A, do mesmo *Codex*, introduzido pela Lei n.º 11.466/2007, que pune com iguais consequências penais "o Diretor de Penitenciária e/ou o agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo".

A regra, de tal maneira interpretada, não alcança os funcionários da administração penitenciária, os advogados ou qualquer outra pessoa que trabalhe ou se encontre nas dependências de determinado estabelecimento penal, exceto quando demonstrada a intenção de fazer com que o aparato eletrônico vá desaguar em mãos de qualquer pessoa submetida ao confinamento por decisão judicial.

Essa é a interpretação adequada. Esse é o verdadeiro alcance que se deve emprestar ao artigo 349-A do Código Punitivo.

Embora a Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009, não tenha tipificado as condutas consistentes em *possuir*, *portar* ou *utilizar* aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal, impende anotar que as modalidades típicas que estão previstas também podem alcançar a pessoa do preso que se encontrar em estabelecimento penal, seja ele o destinatário ou não do aparelho de telefonia celular, ao contrário do que pode sugerir uma primeira e apressada leitura do novo tipo penal.

Não se pode excluir a possibilidade de algum preso, por exemplo, quando do gozo de permissão de saída (LEP, art. 120) ou de saída temporária (LEP, art. 122), ao retornar, praticar uma das condutas reguladas.

Mesmo estando preso, dentro dos limites de estabelecimento prisional fechado, é possível que o agente venha a *promover*, *intermediar* ou *auxiliar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, naquele estabelecimento prisional em que se encontrar ou em outro.

Muito embora o novo artigo 349-A do CP indique que as condutas nele previstas devam ser praticadas *sem autorização legal* para efeito de aperfeiçoamento da incidência típica, é força convir que, adotada nossa forma de interpretação, jamais poderá haver autorização legal, e menos ainda judicial ou administrativa, para o ingresso de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, em estabelecimento prisional, para dar em mãos de presos.

As razões são evidentes.

## CONCLUSÃO

Uma vez mais o Poder Legislativo disse menos do que deveria, assim como o Poder Executivo tem feito bem menos do que é sua obrigação no campo da prevenção e repressão criminal.

A posse de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento prisional configura falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade, nos moldes introduzidos pela Lei n.º 11.466, de 28 de março de 2007, que também tipificou a condescendência criminosa do Diretor de Penitenciária e/ou do agente público, no ato de deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

O tipo penal que decorre da Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009, não pune a *posse*, o *porte* ou a *utilização* de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal, mas tem a pretensão de fazer diminuir ou impedir, pela

força da retribuição penal, o ingresso de tais aparatos nos estabelecimentos que indica, na exata medida em que penaliza as condutas antecedentes à posse, ao porte ou à utilização pelo encarcerado, nos limites dos verbos empregados na formação do tipo alternativo de conduta variada que é o novo artigo 349-A do Código Penal.

# Crônicas de Jurisprudência

Casa das Onze Janelas (Complexo Feliz Luzitânia)

# A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR A CONDENADOS QUE NÃO CUMPREM PENA EM REGIME ABERTO E A PRESOS PROVISÓRIOS

Alexssandra M. Mardegan*
José Edvaldo P. Sales**

Ao perpetrar a privação temporária da liberdade do indivíduo, o Estado assume a responsabilidade pela sua custódia, cabendo-lhe, como consectário lógico, proporcionar todos os meios e recursos suficientes e necessários ao cumprimento da pena imposta, respeitados os direitos constitucionalmente consagrados.

Dentre esses direitos, merece destaque o atinente à individualização da pena. Aqui repousa a divisão dos regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade na forma progressiva. Alexandre de Moraes diz:

> O princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta)[1].

Ora, sendo certo que o respeito ao regime mais flexível previsto constitui direito do condenado e que ao Estado cabe o ônus de ofertar-lhe as condições necessárias ao seu cumprimento, chegamos a uma óbvia conclusão: o custodiado não pode ser compelido a cumprir pena em regime mais severo em virtude da inércia (omissão) do Estado.

É de conhecimento público que as penitenciárias brasileiras apresentam condições degradantes, o que não é de agora, e que, por isso, estão longe de atender à mais elementar orientação acerca da dignidade de quem está atrás

* Promotora de Justiça no Estado do Pará. Pós-graduada em Direito com especialidade em Direito Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina

** Promotor de Justiça no Estado do Pará. Pós-graduado em Direito com especialidade em Direito Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

1 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 235.

das grades, especialmente quando a situação do condenado requer tratamento diferenciado, em razão de uma condição específica, como atendimento médico e acomodação em caso de doença grave.

Por não ser a finalidade específica deste escrito, é despiciendo incorrer em maiores digressões acerca da falência do sistema carcerário, expressão máxime de uma tutela penal seletiva e segregacionista, que resiste em primar pela ressocialização efetiva, sem, contudo, oferecer condições mínimas. Depois de discorrer sobre aquilo que denominou "sistema de coisificação do preso", Heleno Fragoso menciona, em obra anterior à Carta Política de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente e enfatiza com indagação perplexa: "Como fica essa dignidade quando o homem é preso numa jaula com mais de 30 ou 40 pessoas, sem lugar para repousar, usando, para satisfazer as próprias necessidades, um *vaso turco*, à vista de todos?"[2]

Manter em tais estabelecimentos condenados com direito ao cumprimento da pena em colônias penais ou em casas de albergado viola os seus direitos subjetivos, afronta o princípio da legalidade, porquanto cria um regime andrógino sem cominação legal específica, além de afrontar a dignidade humana do preso, epicentro axiológico do ordenamento jurídico. Dalmo de Abreu Dallari, discorrendo sobre a necessidade de observância do princípio da dignidade da pessoa humana no caso do preso, ressalta:

> O caso do preso exige cuidados especiais, pois a pessoa presa está indefesa e se acha sob os cuidados de uma autoridade pública, que tem o dever de zelar por sua dignidade. É comum o desrespeito ao preso, sob alegação de se tratar de um criminoso ou, pelo menos, de alguém acusado de cometer um crime. A tortura de presos, os presídios sujos e superlotados, a péssima alimentação, a falta de cuidados de saúde, o desrespeito absoluto à intimidade do preso, tudo isso, que é muito comum na prática, além de ser ilegal, porque nenhuma lei autoriza, representa agressão à pessoa humana e à sua dignidade[3].

Do lastimável quadro em que se encontram as penitenciárias nacionais, não é difícil constatar que compelir os condenados a regime aberto e semiaberto à execução da pena nesses estabelecimentos em virtude da inexistência de outro

2 FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direito dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 82.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004, p. 38.

adequado, conforme determina a legislação, constitui acendrada violação da dignidade humana. Isso sem adentrar nas próprias condições dos estabelecimentos que se destinam ao regime fechado, pois, mesmo para o encarceramento diuturno, os postulados constitucionais devem ser observados.

Seguindo os ditames principiológicos da Carta Constitucional de 1988, a Lei de Execução Penal (LEP) – Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – prevê, excepcionalmente, que o apenado que estiver cumprindo pena em regime aberto, encontrando-se numa das situações previstas no seu artigo 117 (condenado maior de 70 anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e condenada gestante), obtenha prisão domiciliar.

O tema em questão suscitou e ainda provoca grandes embates na doutrina e na jurisprudência[4], que entendem, mais recorrentemente, que as hipóteses elaboradas no dispositivo mencionado eram restritamente concedidas aos apenados em cumprimento de pena no regime aberto. Um dos fundamentos dessa posição é o fato de que tais situações não poderiam servir como 'salvo-conduto', pois a ação culminaria em grande impunidade, causando desordem generalizada no seio social.

Destarte, a concessão de tal benefício limitava-se àqueles apenados que necessariamente estivessem no regime aberto. Logo, àqueles do regime fechado e semiaberto, não restava nenhuma alternativa, mesmo que estivessem numa daquelas situações a que se refere o artigo 117 da LEP. O que se via eram condenados à beira da morte, gestantes dando à luz em ambientes insalubres etc. E, muito embora o estabelecimento penal não pudesse oferecer tratamento adequado a esses detentos, era-lhes negado o direito à prisão domiciliar pelo simples fato de não estarem no regime aberto.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), segunda turma, teve a oportunidade de abordar o tema por ocasião do julgamento do **Recurso Ordinário em** Habeas Corpus **nº 94.358/SC**[5], ao qual foi dado provimento para garantir à paciente (idosa de 62 anos) o direito ao cumprimento do restante de sua pena em regime de prisão domiciliar.

A turma julgadora, embora ressaltando (e nisso não mudou) a excepcionalidade da situação, deu provimento ao recurso em que se discutia se paciente

4 A propósito do tema, após tecer suas considerações doutrinárias, Julio Fabbrini Mirabete cita diversos julgados quanto à aplicação do artigo 117 da LEP (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n.° 7.210, de 11-7-84. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 393-397). Renato Marcão segue a mesma linha de comentários, fazendo menção a decisões de tribunais brasileiros, inclusive julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138-139).

5 STF. RHC nº 94.358/SC. Segunda Turma. Rel. Ministro Celso de Mello, Julgamento em 29 de abril de 2008. **Informativo do STF**, n. 504, 28 abr./2 maio 2008.

idosa (62 anos), condenada por tráfico ilícito de entorpecentes, em grave estado de saúde demonstrado por diversos laudos, teria direito ou não à prisão domiciliar, nos termos do artigo 117 da LEP. No aresto constou:

> [...] a transferência de condenado não sujeito a regime aberto para cumprimento da pena em regime domiciliar é medida excepcional, que se apóia no postulado da dignidade da pessoa humana, o qual representa, considerada a centralidade desse princípio essencial, significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente no país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

O julgado foi enfático em concluir que, na espécie, impor-se-ia a concessão do benefício da prisão domiciliar para efeito de cumprimento da pena, **independentemente da modalidade de regime de execução penal**, pois demonstrada, mediante perícia idônea, a impossibilidade de assistência e de tratamento médicos adequados no estabelecimento penitenciário em que se encontrava recolhida a sentenciada.

Com relação aos presos provisórios, a Corte Suprema, segunda turma, fundada também na dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 5.º, inciso III), concedeu a ordem no Habeas Corpus **n.º 98.675-7/ES**[6]. O caso envolveu pacientes presos preventivamente. O Ministro Eros Grau em seu voto consignou que "[...] a demonstração cabal de que o Estado não tem condições de prestar-lhes [aos pacientes] a assistência médica de que necessitam, para não morrerem no cárcere, justifica seja a prisão domiciliar deferida, excepcionalmente, mercê do princípio da dignidade da pessoa humana [...]".

O que se percebe é que não é o tipo de prisão ou o regime prisional que influenciará ou não a concessão da prisão domiciliar, apesar da dicção da LEP, que, em seu artigo 117, refere-se expressamente ao regime aberto; são antes as condições pessoais do preso que geram a excepcionalidade capaz de autorizar o recolhimento em residência particular, como tem julgado o Supremo Tribunal Federal.

6 STF. HC n.º 98.675-7/ES. Segunda Turma. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 9 de junho de 2009. **DJE**, 21 ago. 2009.

Em que pesem os percalços que esse tipo de benefício possa implicar – como, por exemplo, o não cumprimento real da prisão domiciliar diante da ausência de aparato estatal para realizar a fiscalização e o acompanhamento, além de outros que podem ser suscitados e que podem comprometer a eficácia da medida –, induvidoso é reconhecer que, por força do princípio da razoabilidade[7], a solução apontada pelo STF, tanto para os presos sujeitos aos regimes fechado e semiaberto quanto para os provisórios, possui o inexpugnável mérito de coadunar, ante a contraposição de interesses juridicamente relevantes, a aplicação da lei penal e a consagração dos direitos fundamentais do encarcerado.

A lei deve ser interpretada sob os olhares da Lei Maior, e é isso que está sendo feito, nesses casos, pelo Supremo Tribunal. A omissão do Estado não pode servir de pretexto para algum tipo violência contra o direito de qualquer cidadão, ainda mais daqueles que estão numa posição de impotência, como é o preso. O dilema kafkaesco não pode ser reproduzido, embora ainda tenhamos que avançar muito para que isso, efetiva e plenamente, ocorra.

7 Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, dizem: "Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120-121, grifos dos autores).

# JOÃO GRILO, TORQUEMADA E O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL: CRÔNICA DE UM MOMENTO ALVISSAREIRO

Júlio César Sousa Costa*

Há uma cena que considero perfeita no Auto da Compadecida, de Ariano Suassuna, de resto mostrada para todo o país através da Rede Globo, que às vezes nos brinda com alguns excelentes trabalhos de dramaturgia. A cena flagra João Grilo quando se encontra diante de Jesus Cristo, após sua morte, tendo como intercessora a seu favor Maria, mãe de Jesus. Em determinado momento, surge o demônio, reclamando a alma de João Grilo, dizendo que ele, quando na Terra, mentiu, trapaceou, etc, e, por isso, deve descer aos infernos. Quando o Diabo então aparece, João Grilo exclama: " – Foi gente que eu nunca suportei: promotor, sacristão, cachorro e soldado de polícia. Esse aí é uma mistura disso tudo".

Suassuna sabe de nossa herança inquisitiva oriunda da Península Ibérica, onde a Reforma Protestante não aconteceu; aí houve a Contra-Reforma, o que nos condena ao atraso que, de resto, Weber já assinalou (pois onde aconteceu a Reforma Protestante os países são desenvolvidos e modernos), pois, em Portugal, segundo Salo de Carvalho[1], os tribunais do Santo Ofício somente foram abolidos definitivamente em 1821 e, na Espanha, em 1834. No caso do Brasil, um ano antes da proclamação de nossa independência.

Ora, os tribunais da Inquisição são, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o "maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece"[2]. Esse tipo de sistema exclui, como assinala Coutinho, "o órgão acusador: o *actus trium* personarum já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação" [3]. Por isso consta que, na Idade Média, corria o ditado de que quem tinha um juiz por acusador, precisava de Deus como defensor – e às vezes nem isso era suficiente...

Toda essa introdução, ainda que resumida, é apenas para ilustrar a dificuldade de se aceitar a mudança trazida pelo artigo 212, do Código de Processo Penal (CPP), que tem sido reformado pontualmente. Esse novo dispositivo tem

* Promotor de Justiça. Professor do curso de Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA), em Marabá. Aluno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA.

1 CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, Brasil, ano 2, n. 2, jan./jun. 2005, p. 232.

2 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Trabalho apresentado no Seminário Nacional sobre Uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro, jun. 1993, p. 18.

3 Ibid., p. 23.

suscitado interpretações diferentes, para não dizer díspares, naquela premissa kelseniana de que o juiz é totalmente discricionário na interpretação da lei, de que não há uma resposta correta, o que permite várias interpretações diferentes, dentre elas, geralmente se aplicando a que mais cabe à personalidade ou à vontade do intérprete, ou a ambas.

A maioria dos juízes, pelo menos me parece, tem sido refratária a aceitar essa mudança trazida pelo código, como um autêntico processo acusatório; até agora vi apenas um juiz do Pará (mas com certeza devem existir muitos outros) deixar o interrogatório das testemunhas e até o do réu por conta total do Ministério Público, o órgão acusador por excelência. Os demais teimam em fazer perguntas, e há alguns que fazem até um "acordo" na ata de audiência afirmando que acusação e defesa permitem que o juiz fala também faça perguntas, tal a pulsão para investigar, inquirir.

Se houve uma mudança na legislação processual penal, demonstrando-se, à obviedade, que ocorreu uma alteração, por que insiste a maioria dos juízes em manter o mesmo *statu quo?*

Cordero tem descrito essa situação como semelhante à de um quadro mental paranóico em que ao "invés do juiz se convencer através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor"[4]. Por isso, ele também afirma:

> o estilo inquisitório multiplica os fluxos verbais: é preciso que o imputado fale; o processo se transforma em sonda psíquica. O inquisidor trabalha livremente, indiferente aos limites legais, mas recolhe toda sílaba: a obsessão microanalítica desenvolve um formalismo gráfico; nenhum fato é realmente um fato enquanto não figure no papel[5].

Vélez Mariconde é outro que assinala essa espécie de delírio persecutório:

> o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, armado de iguais poderes, se torna em luta desigual entre juiz e acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro e assume a de ativo inquisidor, atuando desde o primeiro momento como acusador, é dizer, se confundem as atividades de juiz e de acusador, por sua parte, o acusado perde a condição de verdadeiro sujeito processual e se converte em objeto de uma dura perseguição[6].

4 CORDERO apud CARVALHO, 2005, p. 236.
5 CORDERO apud CARVALHO, loc. cit.
6 VÉLEZ MARICONDE apud COUTINHO, 1993, p. 23.

O juiz que pergunta, no decorrer do interrogatório do réu e da inquirição das testemunhas, envolve-se diretamente com o desfecho da causa. A hermenêutica filosófica, por exemplo, tem descortinado o sentido da pergunta. Quem pergunta já deseja exatamente o que quer saber:

> é essencial que toda pergunta tenha um sentido. Sentido quer dizer, todavia, sentido de orientação. O sentido da pergunta é, pois, a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido, e ser pertinente. Com a pergunta, o interrogado é colocado sob uma determinada perspectiva[7].

Em boa hora, portanto, o Superior Tribunal de Justiça emitiu sua posição a respeito do tema no *Habeas Corpus* n.° 121.216-DF, impetrado pelo Ministério Público, no qual analisa a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal. O julgamento é recente, de 19 de maio de 2009, e enfrenta várias questões que merecem atenção: a primeira, a de que houve real inovação com a redação do referido dispositivo trazido pela Lei n.º 11.690/08, não prevalecendo mais o sistema inquisitivo, e sim o acusatório, no qual o julgador não tem mais a liberdade que tinha anteriormente no amplo manejo das provas; a segunda, a decisão cita expressamente o sistema acusatório relacionando-o com a Constituição Federal e com os demais princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal. Logo, por força da interpretação jurisprudencial, pode-se afirmar sem receios (inclusive de inquisidores, se é que ainda existem) que o sistema acusatório tem no Brasil, após séculos, aceitação. Livramo-nos da herança ibérica, ainda que aos poucos.

A ementa contém a seguinte afirmação, como se a comprovar que o juiz, imiscuindo-se na colheita das provas, torna-se parcial, inquisidor, prejudicando o acusado. Vejamos:

> Afinal a teor do art. 212 do CPP com sua nova redação, a oitiva das testemunhas deve ocorrer com perguntas feitas direta e primeiramente pelo MP e depois pela defesa, sendo que, no caso, o juiz se restringiu a colher, ao final, os esclarecimentos que elegeu necessários, mas sim realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição das vítimas, olvidando a alteração legal, mesmo diante do alerta ministerial no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei

7 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma filosofia hermenêutica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, v. 1, p. 473.

> n.º 11.690/08. Também restou consignado que, além da parte ter direito à estrita observância do procedimento estabelecido na lei, por força do princípio do devido processo legal, o paciente teve proferido julgamento em seu desfavor, sendo que, diante do novo método utilizado para a inquirição das testemunhas, *a colheita da prova de forma diversa, ou seja, pelo sistema presidencial, indubitavelmente lhe acarretou evidente prejuízo*[8].

E o Superior Tribunal de Justiça tem seguido na mesma toada, como confirma esta ementa, mais recente que aquela, reafirmando que o sentido correto do novel artigo 212, do CPP, é mesmo o de afirmar o princípio acusatório:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/08 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em error in procedendo, patente o constrangimento, sanável pela via do habeas corpus, por ofensa ao devido processo legal. 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo[9].

Até agora, porém, desde a entrada em vigor da nova disposição, na prática diária, pude observar três posicionamentos entre os juízes locais:

8 STJ. HC n.° 121.216/DF. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 19 de maio de 2009, grifos nossos.

9 STJ. 5.ª Turma. HC n.º 137.091/DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 1.º de setembro de 2009.

a) aquele que apoia abertamente o princípio inserido no referido dispositivo e, em consonância com a Constituição Federal, no momento da audiência, deixa as partes a seu livre alvedrio – apenas policiando a audiência para evitar excessos –, para fazerem diretamente as perguntas e requererem as provas; esses juízes, se fazem algumas perguntas, é apenas ao final, após as partes, para esclarecimentos como o dispositivo em questão permite – e mesmo assim em caráter excepcional, não podendo esses esclarecimentos tornar-se numa (re)reinquirição das testemunhas, agora já sob a ótica do juiz; exemplos desse tipo de juiz têm sido bem poucos, pois, como dizem Trindade e Streck, "parcela considerável dos juízes e tribunais de *terrae brasilis* nem estão 'dando bola' para a nova redação do art. 212 do CPP. Olham o novo com olhos de velho"[10];

b) os que redigem um "acordo prévio" nas atas de audiência, dizendo que as partes concordam com que o juiz também faça perguntas, e assim procuram evitar prováveis nulidades; nesse caso, o julgado acima transcrito já é determinante no sentido de que a nulidade é absoluta; logo, qualquer "acordo prévio" desse tipo deve ser afastado, pois nulifica o ato processual;

c) os que ainda continuam a agir como se nada tivesse acontecido e fazem as suas perguntas da forma como era previsto no dispositivo anterior, por meio do sistema presidencialista e inquisidor; essa é a postura que tem sido afastada pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ); ou seja, o sentido da lei processual penal, nesse tópico, mudou e deve estar em consonância com os princípios constitucionais.

Ora, por isso entendo que não existe a possibilidade de "várias interpretações" do artigo 212 do CPP, todas ao gosto do juiz; muito menos a velha assertiva de que a lei é clara – jargão que esconde as preferências do intérprete, sendo apenas malabarismo retórico. O juiz que interpreta a legislação também a aplica, pois o ato de interpretar está unido ao de aplicar, já que se escolhe uma interpretação adequada, cujo sentido é o desejado na prática, nos efeitos que se deseja que aconteçam; e, quando o juiz aplica a lei, ele também revela o seu conteúdo político e jurídico, a sua ideologia, na qual acredita – sim, porque os juízes também são seres políticos.

Também se refuta qualquer hipótese de uma única interpretação correta e perene que vá permanecer cristalizada numa ementa jurisprudencial e não vá mais sofrer modificações, como vemos no cotidiano judicial, no qual ementas de mil novecentos e antigamente são usadas a bel-prazer. Ou seja, de que, apesar da mudança legislativa dando outro sentido ao artigo 212 do Código de Processo

10 TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Produção de prova cabe ao MP e à defesa. **Revista Consultor Jurídico**. 11 jan. 2010. p. 1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2010.

Penal, mesmo assim permaneceria o sentido de quando ele foi trazido ao mundo jurídico, na década de 40 do século passado.

O sentido desse dispositivo processual penal, hoje, é outro, com lastro nos princípios do devido processo legal, da presunção da inocência, do livre convencimento do juiz, da ampla defesa e do contraditório, que compõem um conjunto de disposições que aponta para as garantias do acusado perante o poder estatal. Ele se volta para uma reviravolta no procedimento penal, naquilo que Trindade e Streck chamam o "modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal"[11].

Portanto, o que existe mesmo é a aplicação da lei, pois esta não está separada da interpretação, e ela deve estar de acordo com as necessidades atuais da sociedade brasileira, que exigem que se dê ao acusado garantias de respeito ao processo judicial e à presunção da inocência, assim como a garantia de um juiz que não se imiscua na colheita das provas, devendo julgar, ainda que com base em seus preconceitos (ou em seus prévios conceitos), porém da maneira mais isenta possível.

Mas, infelizmente, seguindo o preceito inquisitivo, herança que teima em não nos deixar, por ocasião do interrogatório do réu, ainda persiste a plena liberdade do juiz em realizar perguntas, em inquirir o réu. Para ser completa a mudança, o sistema acusatório deve ser também inserido no decorrer do interrogatório do acusado, e não só na fase da inquirição das testemunhas. As mudanças no Código de Processo Penal têm sido pontuais nesse aspecto, mas já desfigurando completamente o sistema, como se estivesse numa travessia da fase inquisitiva para a acusatória – embora alguns doutrinadores afirmem não existir sistema processual com pureza integral.

Daí que, à guisa de conclusão, fazemos nossas as palavras de Trindade e Streck:

> Nesse sentido, não se pode olvidar que o novo texto constitucional estabeleceu um novo paradigma. E este deve ser visto, inevitavelmente, com os olhos do novo. Um juiz imparcial e um promotor de Justiça independente: são estes os requisitos indispensáveis à implantação de um processo penal democrático. O corolário disto, evidentemente, é a plena aplicação do princípio acusatório, cujo advento deveria ter sepultado, de uma vez por todas, o sistema inquisitorial que caracterizava o Código de Processo Penal, de 1941, ainda assentado no

11 TRINDADE; STRECK, 2010, p. 7.

> mito da verdade real (que, no fundo, sempre mascara a busca pela condenação do réu).
> Dito de outro modo, é preciso compreender que o princípio acusatório constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito. Tal princípio revoga o serôdio princípio inquisitório, de triste memória histórica. Ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas; ao advogado cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador cabe produzir legislação adequada ao ordenamento jurídico. E, fundamentalmente, cabe à jurisdição constitucional – e isso é o que se está fazendo neste caso – adequar a legislação infraconstitucional à Constituição[12].

Na esteira da interpretação realizada pelo STJ no julgado acima mencionado, na qual se vislumbrou a existência do sistema acusatório em nosso sistema processual penal, a partir da Constituição da República, nada impede sua adoção integral. Completa-se, assim, o protagonismo do Ministério Público na área penal, como órgão de acusação por excelência, sem os defeitos de um Torquemada[13], que também teimam em se fazer presentes, como fantasmas à espera de um papel para irromper na cena, e, assim, torna-se efetivo o dispositivo constitucional que confere a titularidade da ação penal ao Ministério Público, o que, por natural e lógica decorrência da aplicação do artigo 212, afasta qualquer ingerência na atuação do órgão acusador.

12 Ibid., p. 6.

13 "A 17 de outubro de 1483, uma nova Bula estabelecia um conselho, o *Consejo de La Suprema y General Inquisición*, para funcionar como autoridade última da Inquisição. Para presidir esse conselho, *La Suprema*, criou-se o novo cargo de Inquisidor Geral. Seu primeiro ocupante foi Torquemada. Todos os tribunais da Inquisição, em toda a Espanha cristã, achavam-se agora efetivamente concentrados na jurisdição de uma administração centralizada, com Torquemada na chefia. Nos quinze anos seguintes, até sua morte em 1498, Torquemada teve um poder e influência que rivalizavam com os próprios Fernando e Isabel. No que se referia à Inquisição, segundo um historiador, 'ele desenvolveu a nascente instituição com incansável aplicação'. E o fez de uma maneira 'cheia de zelo impiedoso', e com 'implacável fanatismo'. Sua devoção ao papel levou-o a recusar o oferecido bispado de Sevilha, e ele jamais abandonou o austero traje de dominicano em favor do esplendor da moda em roupas. Era também rigorosamente vegetariano. Mas guardou para si consideráveis somas de riqueza confiscada, Morava em palácios extravagantes e viajava com um séquito calculado para ao mesmo tempo impressionar e intimidar – cinquenta guardas montados e 250 homens armados […]. Sob os inflexíveis auspícios de Torquemada, o trabalho da Inquisição espanhola prosseguiu com renovada energia. A 25 de fevereiro de 1484, trinta vítimas foram queimadas vivas ao mesmo tempo em Ciudad Réal. Entre 1485 e 1501, foram queimadas 250 em Toledo. Em Barcelona, em 1491, três foram executadas e 220 condenadas à morte *in absentia*. Em Valladolid, em 1492, trinta e duas foram imoladas de uma vez. O inventário de atrocidades continua, e ocuparia páginas" (BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 83-84).

# Pareceres

Embarcação típica da Amazônia

# PARECER EM *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO, COM PEDIDO DE LIMINAR

Maria Célia Filocreão Gonçalves*

## 1 - RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre *habeas corpus* **(HC) preventivo, com pedido de liminar**, impetrado pelo advogado A. L. S. L. e outros, em favor de **J. C. V. C.**, com fundamento no **artigo 5.º, LXVIII, da Constituição Federal (CF), e no artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal**, apontando como autoridade coatora o **presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pedofilia**, deputado A. A.

Segundo os impetrantes, o paciente está sendo acusado da prática do crime previsto no **artigo 214 (atentado violento ao pudor)** do Código Penal, cuja vítima seria V. B. A, de 13 anos de idade, sobrinha e afilhada de **L. R. G. C.**, mulher do ora paciente.

Relatam os impetrantes que, em virtude da ausência de elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, o representante do Ministério Público requereu ao Juízo a devolução do inquérito à autoridade policial, para o cumprimento de diligências necessárias, o que foi deferido pelo Juízo.

Consta ainda informado que o inquérito policial já retornou ao Judiciário, estando, atualmente, com o Ministério Público, para fins de oferecimento de denúncia.

Alegam os impetrantes que, segundo informações da imprensa escrita e falada, o paciente deverá comparecer à "CPI da Pedofilia", para prestar esclarecimentos. No entanto, argumentam que, até a data de impetração do HC, o paciente não recebeu da Casa Legislativa qualquer chamamento para comparecimento, com o objetivo de prestar esses esclarecimentos.

Afirmam ainda os impetrantes que o paciente possui o Memorando n.º 003/2009 (fl. 06), datado de 9 de janeiro de 2009, da lavra do deputado estadual J. M., dirigido ao então presidente da CPI, deputado B. B., no qual a Casa Legislativa trata dos possíveis abusos sexuais sofridos pela menor V. B. A., que seria vítima do ora paciente.

* Promotora de Justiça, titular da 3.ª Promotoria de Justiça de Execução Penal, atualmente convocada para o 2.º grau, atuando na 12.ª Procuradoria de Justiça Criminal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA) (1979). Pós-graduação em Direito Civil na Universidade da Amazônia (UNAMA) (1995-1997). Mestrado em Direito do Estado na UNAMA (2004). Doutoranda pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

Os impetrantes justificam o ajuizamento da presente ordem de *habeas corpus*, em virtude de estar assegurada a presença do paciente perante os membros da CPI da Pedofilia e pelo fato de que "membros de CPI vêm constantemente abusando dos limitados poderes que lhes são atribuídos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal".

Em relação ao *fumus boni iuris,* os impetrantes argumentam que, em recente programa televisivo, a autoridade apontada como coatora revelou que "membros da CPI possuem poder Judicante, e que este deverá ser exercido quando das sessões que se avizinham".

Quanto ao *periculum in mora*, alegam os impetrantes que o paciente tem residência fixa, bons antecedentes e colabora no andamento da investigação policial. E requerem que seja assegurado ao paciente "os direitos constitucionais de permanecer em liberdade, até que o Poder Judiciário determine o contrário, evitando eventual abuso por parte de membros da CPI da Pedofilia".

Por fim, **requerem os impetrantes a concessão do** writ**, com pedido de liminar**, em favor do paciente:

> para que ele, quando chamado, possa apresentar-se perante a CPI, sendo-lhe assegurado o respeito aos Princípios Constitucionais da Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal e da Reserva de Jurisdição e que, caso a CPI entenda necessária a quebra do sigilo telefônico do Paciente, busca domiciliar ou outra qualquer medida exclusiva do Poder Judiciário, que seja previamente solicitada a este Tribunal, em respeito ao Princípio da Reserva de Jurisdição.

Os autos foram distribuídos, ficando sob a relatoria da desembargadora B. G. S., que, em 6 de março de 2009, **deferiu o pedido de liminar** (fls. 08-09):

> para assegurar ao paciente o direito de exercer o seu direito ao silêncio, incluído o privilégio contra a autoincriminação (art. 5.º, inc. LXIII, da CF), excluída a possibilidade de ser submetido a qualquer medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e o direito de ser assistido por seus advogados e de comunicar-se com estes durante a sua inquirição.

À fl. 09, a desembargadora relatora **determinou a expedição de salvo-conduto** em favor do paciente e que fosse comunicada a decisão que concedeu a liminar ao deputado estadual A. A., presidente da Comissão Parlamentar de

Inquérito que investiga casos de pedofilia, bem como determinou que fossem solicitadas informações.

À fl. 14, consta petição dos impetrantes, protocolada em 5 de março de 2009, em que requerem a concessão do salvo-conduto em favor do paciente, visto que, no dia 4 de março de 2009, ele recebeu um chamamento para comparecer, no dia 5 de março de 2009, às 14 horas, à "CPI da Pedofilia", no auditório da Assembleia Legislativa do Estado do Pará, Rua do Aveiro, n.º 130, Praça Dom Pedro II.

À fl. 10, consta o **Salvo-Conduto n.º 07/2009**, datado de 6 de março de 2009, expedido em favor do paciente **J. C. V. C.**

Às fls. 18-24, o deputado estadual A. A., presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, autoridade apontada como coatora, informou que o Poder Legislativo Estadual, com base no artigo 101, § 4.º, da Constituição Federal, instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito, para apurar e investigar casos de violência e exploração sexual, contra crianças e adolescentes no Estado do Pará, denunciados nos últimos cinco anos.

Segundo relata a autoridade apontada como coatora, a principal motivação da CPI residiu nas denúncias feitas pelo bispo do Marajó, D. L. A., que apontou casos de exploração sexual de menores, em municípios da ilha do Marajó.

Informa ainda o deputado estadual A. A. que, entre os inúmeros documentos que foram encaminhados à CPI, encontra-se o Inquérito Policial n.º 433/2009.000006-7, "relatando possíveis abusos de cunho sexual do paciente em tela, contra a menor V. B. A., de 13 anos de idade". Assim, a CPI incluiu em suas investigações o referido processo e tomou todas as providências para que "de forma isenta, serena e responsável, tenha condições de apurar as acusações que envolvem o Sr. J. C. V. C.".

Argumenta a autoridade apontada como coatora que as comissões parlamentares de inquérito possuem amplos poderes de investigação, próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno da Casa Legislativa, que, no caso, é a Resolução n.º 17/1989, que dispõe sobre o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Ressalta ainda a autoridade apontada como coatora que é "descabido supor que qualquer membro da CPI possa enveredar pelos domínios do abuso de poder ou da ilegalidade" e refere que a CPI utilizará de todos os instrumentos legais de que dispõe para impedir qualquer intimidação ou recuo das ações que entende necessárias, para a elaboração de um relatório final consistente e definitivo.

Por fim, conclui o deputado estadual A. A. que a CPI foi legitimamente constituída, em obediência a todas as normas constitucionais, legais e regimen-

tais, estando investida de poderes de investigação, próprios das autoridades judiciais.

À fl. 26, a Ex.ma desembargadora relatora B. G. S. determinou o encaminhamento dos autos, para manifestação do Órgão Ministerial.

No dia 25 de março de 2009, os presentes autos de HC foram distribuídos ao 4.º Procurador de Justiça, Dr. C. B. M., que, à fl. 28, por motivo de foro íntimo, e com base no artigo 135, § 1.º, do Código de Processo Civil e no artigo 258 do Código de Processo Penal, declarou suspeição para atuar no feito, devolvendo os autos à Coordenadoria das Procuradorias de Justiça Criminais, para nova distribuição.

À fl. 29, os autos foram redistribuídos, e no dia 30 de março de 2009, vieram a esta Procuradoria de Justiça, para análise e manifestação.

**É o relatório.**

**Passamos à manifestação.**

## 2 DA ADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO

Examinando os autos, verificamos que, por meio do presente *habeas corpus* **preventivo**, os impetrantes, em síntese, pretendem que sejam assegurados ao paciente **J. C. V. C.** os seguintes direitos:

**a) direito ao silêncio**, quando chamado para apresentar-se perante a CPI, para prestar esclarecimentos;

b) direito de solicitação prévia pela CPI ao Tribunal de Justiça de uma eventual **quebra de sigilo telefônico e busca domiciliar**.

Em relação às condições de procedibilidade do presente *habeas corpus* preventivo, impetrado em favor do paciente, verificamos que **o primeiro requerimento – isto é, o direito do paciente ao silêncio quando chamado para prestar esclarecimentos perante a CPI – preenche todos os requisitos de admissibilidade para impetração do *habeas corpus*, motivo pelo qual deve ser conhecido.**

Já em relação ao segundo requerimento – isto é, que eventual quebra de **sigilo telefônico** do paciente e **busca domiciliar** sejam previamente solicitadas pela CPI, ao Tribunal de Justiça –, entendemos que não atende ao requisito de admissibilidade para impetração do *habeas corpus*, no que diz respeito à possibilidade jurídica do pedido, conforme passaremos a analisar.

A possibilidade jurídica do pedido, em sede de *habeas corpus*, deve ser verificada à luz da própria Constituição Federal, que, em seu artigo 5.º, LXVIII, prevê as hipóteses de concessão de HC: "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre

que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Assim, da leitura da norma constitucional, facilmente se verifica que **o** habeas corpus **é instrumento do direito de liberdade de locomoção, isto é, do direito de ir e vir**. Nesse sentido, Heráclito Mossin, em sua obra *Habeas corpus*, esclarece:

> Em sentido contrário, faltará possibilidade jurídica do pedido quando o remédio heróico for utilizado para tutelar bem-interesse diverso do direito de locomoção, do *ius manendi*, *eundi*, *veniendi*. A defesa das demais liberdades individuais é feita por intermédio do *remedium iuris* do mandado de segurança ou do *habeas data* (art. 5.º, LXIX, da CF)[1].

O Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento no sentido de que a **quebra de sigilo telefônico** refere-se ao direito à intimidade, tornando o HC via imprópria para resguardar tal direito:

> HABEAS CORPUS. FINALIDADE: PROTEÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. CPI DOS TÍTULOS PÚBLICOS. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO: SALVAGUARDA DO DIREITO À INTIMIDADE. AUSÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR. VIA IMPRÓPRIA DO WRIT. Objetivando as razões de a impetração salvaguardar o direito à intimidade, sem demonstração de que a quebra do sigilo telefônico determinada por ato da CPI instituída para apurar irregularidades na emissão de títulos públicos constitua efetiva ameaça à liberdade de ir e vir do paciente, não é o habeas corpus a via adequada à cessação do imputado ato ilegal. Habeas corpus não conhecido[2].

Há que se ressaltar, então, que a **quebra de sigilo telefônico** diz respeito ao **direito à intimidade** e que a **inviolabilidade do domicílio** é matéria relacionada ao **direito à privacidade**.

Portanto, do entendimento citado, **os requerimentos quanto ao sigilo telefônico e à busca domiciliar não concernem a matérias relacionadas ao direito de liberdade de locomoção, motivo pelo qual tais requerimentos**

1 MOSSIN, Heráclito Antônio. Habeas corpus. Barueri: Manole, 2008, v. 1, p. 289.

2 STF. HC n.º 75.232. Tribunal Pleno. Rel. Min. Maurício Correa. **DJ**, 24 ago. 2001.

**não devem ser conhecidos, por absoluta impossibilidade jurídica do pedido, em sede de** *habeas corpus*.

No entanto, por amor aos debates, passaremos a analisar o mérito do HC preventivo, em todos os aspectos suscitados pelo impetrante.

## 3 DO DIREITO

Os impetrantes pretendem ver concedida a ordem de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, em favor do paciente J. C. V. C., caso o paciente seja chamado a prestar esclarecimentos perante a referida Comissão Parlamentar de Inquérito, para que lhe sejam assegurados "Os direitos constitucionais de permanecer em liberdade, até que o Poder Judiciário determine o contrário, evitando eventual abuso por parte de membros da CPI da Pedofilia".

Assim justificam a impetração do presente *writ*:

> quando chamado, [o paciente] possa apresentar-se perante a CPI, sendo-lhe assegurado o respeito aos Princípios Constitucionais da Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal e da Reserva de Jurisdição e que, caso a CPI entenda necessária a quebra do sigilo telefônico do Paciente, busca domiciliar ou outra qualquer medida exclusiva do Poder Judiciário, que seja previamente solicitado a este Tribunal, em respeito ao Princípio da Reserva de Jurisdição.

Os impetrantes fundamentam o pedido de concessão da ordem de *habeas corpus preventivo* em favor do paciente no artigo 5.º, LXVIII, da Constituição Federal – *in verbis*: "Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" –, combinado com o artigo 647 do Código de Processo Penal, que dispõe: "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Inicialmente, impende ressaltar que o *habeas corpus* preventivo é cabível nos casos em que a violência ou a coação ilegal ainda não ocorreu, mas tudo indica que deve consumar-se em breve. Portanto, basta a ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

**3.1 DOS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO**

Inicialmente, convém tecer breves considerações acerca dos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI).

O artigo 58, § 3.º, da Constituição Federal, dispõe:

> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
> **§ 3.º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas**, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, **para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores**.

Da leitura do texto constitucional acima transcrito, inferimos que **o legislador constitucional conferiu poderes de investigação às Comissões Parlamentares de Inquérito, próprios das autoridades judiciais**, uma vez que tais poderes são indispensáveis para o desempenho de suas atribuições, **no que tange à apuração de fatos determinados e de relevante interesse social**.

Também a **Resolução n.º 17/1989, que dispõe sobre o Regimento Interno da Câmara dos Deputados**, em seu artigo 36, de acordo com o permissivo constitucional, prevê os **poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito**, dentre os quais se destaca o poder de **requisitar informações** e documentos:

> Art. 36. A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá, observada a legislação específica:
> II – determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais,

> estaduais e municipais, e requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais [...].

Por sua vez, a **Constituição do Estado do Pará,** em seu artigo 67, também dispõe acerca dos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito:

> Art. 67. Mediante requerimento de um quinto de seus membros, a Câmara criará **Comissão Parlamentar de Inquérito**, independentemente de aprovação plenária, **para apuração de fato determinado e por prazo certo, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no respectivo regimento**, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Bem enfatiza Pedro Lenza acerca dos poderes de investigação das CPI: "Como vimos, **a CPI não julga, apenas investiga, em razão dos poderes instrutórios que lhe foram conferidos, à semelhança dos juízos de instrução**"[3].

### 3.2 DO RESGUARDO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO PACIENTE

O presente HC preventivo objetiva garantir ao paciente, por ocasião do seu comparecimento perante a CPI da Pedofilia, para prestar esclarecimentos, que sejam respeitados os seus direitos constitucionais, em especial o **direito ao silêncio** e a garantia constitucional contra a **autoincriminação**.

Os impetrantes requerem ainda que seja resguardado o direito do **paciente de se manter em liberdade**, até que o Poder Judiciário decida de forma contrária, uma vez que, em relação ao mesmo fato, que está sendo apurado pela CPI, já existe inquérito policial que, atualmente, encontra-se com o Ministério Público, para fins de oferecimento de denúncia.

O **direito ao silêncio** é garantia constitucionalmente prevista no artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, *in verbis*: "O preso será informado de seus **direitos, entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado [...]".

Assim, ressaltamos que o direito ao silêncio é direito fundamental, devendo ser resguardado e observado por todas as esferas de poder do Estado. Segundo o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tecnicamente,

3 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 341.

o direito ao silêncio é consequência direta do direito à não autoincriminação, que reconhece a qualquer cidadão, na condição de acusado, o direito de permanecer calado.

Segundo entendimento esposado pelo STF, **nos autos do HC n.º 79.812, o direito ao silêncio**, no que se refere às perguntas formuladas, cujas respostas possam incriminar o acusado, é plenamente **invocável** perante as comissões parlamentares de inquérito e traduz-se em direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa que, na condição de testemunha, indiciado ou réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário.

A jurisprudência pátria já consolidou entendimento no sentido de que, **em depoimentos prestados perante uma comissão parlamentar de inquérito, o investigado tem o direito de permanecer calado, quando entender que as respostas eventualmente exigidas pela referida Comissão podem resultar em autoincriminação**. Nesse sentido, trazemos à colação o seguinte julgado:

> **EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI. DIREITO AO SILÊNCIO**. TESTEMUNHA. **AUTO-ACUSAÇÃO**. **LIMINAR DEFERIDA** PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE.
> **I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação.**
> **II – Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso.**
> **III – A realização da oitiva, garantidos os direitos da paciente, implica a prejudicialidade do feito.**
> **IV – HC conhecido e julgado prejudicado**[4].

*In casu*, verificamos que os direitos constitucionais do paciente, de fato, foram devidamente resguardados, considerando a concessão da liminar requerida e a consequente expedição de **salvo-conduto,** para seu comparecimento para prestar esclarecimentos na "CPI da Pedofilia", no dia 5 de março de 2009, às 14 horas. Conforme se vê à fl. 10, o salvo-conduto garantiu-lhe os seguintes direitos:

4 STF. **HC n.º 89269/DF. Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 21 de novembro de 2006.**

> **O direito de exercer o seu direito ao silêncio, incluído o privilégio contra a auto-incriminação (art. 5.º, inc. LXIII, da CF), excluída a possibilidade de ser submetido a qualquer medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos**, e o direito de ser assistido por seus advogados e de comunicar-se com estes durante a sua inquirição, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia, presidida pelo Exmo. Sr. Dep. Est. A. A.

Considerando que, no presente caso, o paciente já teve o seu direito ao silêncio devidamente observado, salientamos que, quanto ao julgamento do mérito do HC preventivo, **especificamente em relação ao direito ao silêncio e à não autoincriminação**, se o paciente já prestou depoimento na Comissão Parlamentar de Inquérito, amparado pela liminar concedida (fls. 08-09), que nesse caso tem caráter satisfativo, o pedido fica prejudicado, por absoluta falta de objeto. Nesse sentido, a jurisprudência pátria já decidiu:

> **EMENTA: HABEAS CORPUS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. TESTEMUNHA. DIREITO A NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. Tendo o paciente já prestado depoimento, amparado por liminar concedida pelo STF, que lhe garantiu o direito ao silêncio, resta prejudicado o presente pedido. HC julgado prejudicado**[5].
> **HABEAS CORPUS PREVENTIVO. Se o paciente já prestou depoimento junto à Comissão Parlamentar de Inquérito, o pedido fica irremediavelmente prejudicado, por absoluta falta de objeto**. HC julgado prejudicado, em parte[6].

Assim, constatamos que o pleito de observância dos direitos do paciente, quando do seu chamamento para se apresentar perante a CPI, encontra-se integralmente atendido e, portanto, é matéria superada nos presentes autos de *habeas corpus*.

5 TJ/RS. HC n.º 70023403785. Tribunal Pleno. Rel. José Eugênio Tedesco. Julgamento em 19 de maio de 2008.
6 TJ/RS. Quarta Câmara Criminal. Acórdão n.º 70022563639, de 24 de janeiro de 2008.

### 3.3 DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE, DA BUSCA DOMICILIAR OU OUTRA QUALQUER MEDIDA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO PREVIAMENTE SOLICITADA PELA CPI AO TJE/PA

Por meio do presente *habeas corpus* preventivo, os impetrantes também requerem que, "caso a CPI entenda necessária a quebra do sigilo telefônico do Paciente, busca domiciliar ou outra qualquer medida exclusiva do Poder Judiciário, que seja previamente solicitado a este Tribunal, em respeito ao Princípio da Reserva de Jurisdição".

Para debater tecnicamente a questão suscitada pelos impetrantes, analisaremos o requerimento em duas partes: a **quebra do sigilo telefônico** do paciente e a **busca domiciliar**.

#### 3.3.1 DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO

O **Supremo Tribunal Federal** já decidiu, de forma reiterada, que a CPI pode, **por autoridade própria**, isto é, **sem a necessidade de qualquer intervenção judicial**, desde que por decisão fundamentada, determinar a quebra do sigilo fiscal, bancário e de dados – neste último caso, em especial o sigilo de dados telefônicos –, sempre observando todas as formalidades legais. Tais poderes são plenamente aplicáveis às comissões parlamentares de inquérito estaduais.

A título de ilustração, trazemos à colação os seguintes julgados, que refletem o entendimento acima esposado:

> **As Comissões Parlamentares de Inquérito, ao exercerem a competência investigatória prevista no art. 58, § 3.º, da CF, têm o poder de decretar a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, desde que tais decisões, devidamente fundamentadas, indiquem fato concreto que leve a suspeitas fundadas de suposto envolvimento em irregularidades[7].**
>
> **A quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das comissões parlamentares de inquérito. O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5.º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de**

7 STF. MS n.º 23.851/DF. Rel. Min. Celso de Mello. **DJ**, 26 set. 2001.

> **Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar [...][8].**

Assim, com base na jurisprudência firmada e pacificada pelo STF, ressaltamos que a**s CPI, por autoridade própria e sem ordem judicial, podem quebrar o sigilo telefônico, que não está inserido na reserva absoluta de jurisdição**.

Há que se ressaltar que as comissões parlamentares de inquérito, embora possam determinar a quebra do sigilo telefônico, **não possuem competência para ordenar a realização de interceptações, escutas ou gravações telefônicas**, porque elas, sim, estão **sujeitas ao princípio da reserva absoluta de jurisdição**.

Alexandre de Moraes assim define interceptação telefônica: "Interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores"[9].

Já a quebra de sigilo diz respeito ao acesso, pela autoridade competente, aos registros telefônicos já realizados pelo investigado, o que não se confunde com a interceptação telefônica, acima referida.

Dessa feita, com base no entendimento jurisprudencial e doutrinário amplamente majoritário, **a CPI pode requerer a quebra de registros telefônicos pretéritos, isto é, ter acesso aos registros que revelem com quem o investigado falou durante determinado período já passado**.

Considerando as razões mencionadas, verificamos que é totalmente descabido e improcedente o requerimento dos impetrantes, ao pleitearem que **eventual determinação de quebra de sigilo telefônico do paciente** seja previamente submetida ao Poder Judiciário, uma vez que **tal medida não está adstrita ao princípio da reserva de jurisdição**, logo, pode ser determinada pela CPI, por autoridade própria.

#### 3.3.2 DA BUSCA DOMICILIAR

Por meio do presente *habeas corpus* preventivo, os impetrantes requerem que, caso a CPI determine "busca domiciliar ou outra qualquer medida exclusiva

8 STF. MS n.º 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. **DJ**, 12 maio 2000.

9 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 85.

do Poder Judiciário, que seja previamente solicitado a este Tribunal, em respeito ao Princípio da Reserva de Jurisdição".

Segundo a balizada doutrina de Uadi Lammego Bulos[10], pelo **princípio da reserva de jurisdição**, somente magistrados podem praticar atos inerentes à função judicante, pois há assuntos que devem ser submetidos à esfera única de apreciação dos juízes.

Assim, as comissões parlamentares de inquéritos, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, conforme autoriza o artigo 58, § 3.º, da Constituição Federal, **não podem praticar atos inerentes à jurisdição, como a inviolabilidade domiciliar**, prevista no artigo 5.º, XI, da CF, *in verbis:* "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial [...]".

Da leitura do texto constitucional acima transcrito, claramente podemos deduzir que qualquer medida que viole o domicílio, salvo nos casos de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro, **está condicionada à reserva de jurisdição.**

O **Supremo Tribunal Federal** já pacificou o tema, proferindo reiteradas decisões, no sentido de que **busca e apreensão domiciliar são atos exclusivos dos membros do Poder Judiciário**, por se tratar de atos sujeitos ao princípio da reserva de jurisdição:

> **As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição**, ou seja, ato cuja prática a Constituição Federal atribuiu com exclusividade aos membros do Poder Judiciário[11].
>
> **A essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar** nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio[12].

10 BULOS, Uadi Lammego, p. 444.

11 STF. MS n.º 23.642/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira. Decisão de 29 de novembro de 2000.

12 STF. AP n.º 307-3/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJU, 13 out. 1995.

Assim, considerando o posicionamento pacificado pelo STF, **o domicílio só pode ser rompido por determinação expressa de membros do Poder Judiciário**, jamais por autoridades administrativas ou parlamentares.

Por fim, há de se destacar que os impetrantes equivocaram-se quanto à instância judiciária, ao requerer que qualquer medida referente à determinação de busca domiciliar em relação ao paciente seja previamente solicitada ao **Tribunal de Justiça**, uma vez que, levando em consideração as informações contidas no presente *habeas corpus*, o ora paciente não tem foro por prerrogativa de função.

Por todo o exposto, concluímos que, **em relação ao direito ao silêncio e à não auto-incriminação, o pedido está prejudicado,** uma vez que o paciente já prestou depoimento na Comissão Parlamentar de Inquérito, amparado pela liminar concedida, que nesse caso teve caráter satisfativo.

Em relação ao requerimento **de que qualquer medida de quebra do sigilo telefônico seja previamente solicitada ao Tribunal de Justiça, ele não merece prosperar**, visto que a CPI pode determinar a referida medida, sem necessidade de autorização judicial, quando a medida não está condicionada à reserva de jurisdição.

Por fim, em relação ao **requerimento de que, caso a CPI entenda necessária a busca domiciliar,** seja observado o princípio da reserva de jurisdição, assiste razão aos impetrantes, visto que somente por ordem judicial é possível a violação do domicílio, uma vez que a proibição é de ordem constitucional.

## CONCLUSÃO

À vista do exposto e por tudo o que consta nos autos, **opinamos pela PREJUDICIALIDADE do *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar**, impetrado em favor do paciente **J. C. V. C., em relação ao resguardo de seus direitos constitucionais por ocasião do seu comparecimento à CPI, uma vez que a liminar concedida teve caráter satisfativo**.

Em relação à **quebra do sigilo telefônico** e à **busca domiciliar, opinamos pelo NÃO CONHECIMENTO dos requerimentos em sede de *habeas corpus*, pela impossibilidade jurídica dos pedidos**.

Caso os requerimentos quanto à quebra do sigilo telefônico e à busca domiciliar sejam conhecidos, **manifestamo-nos pela CONCESSÃO PARCIAL do HC preventivo, para que seja observado o princípio da reserva de ju-**

**risdição, não em relação à quebra do sigilo telefônico, mas somente em relação à eventual determinação de busca domiciliar**, por ser medida de Direito e Justiça.

**É a nossa manifestação**.

Belém, 3 de abril de 2009.

**MARIA CÉLIA FILOCREÃO GONÇALVES**
**Promotora de Justiça, convocada**

# PARECER EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

SANDRA FERNANDES DE
OLIVEIRA GONÇALVES*

Processo n.º 008.2008.1.001935-4/1.ª Vara Cível de Barcarena

Ação civil pública

Autor: Estado do Pará

Réu: J. F de Oliveira Navegações LTDA

O Ministério Público do Estado do Pará, por intermédio de sua representante legal, 1.ª Promotora de Justiça de Barcarena, no uso de suas atribuições constitucionalmente asseguradas, assim como nos termos do artigo 5.º, § 1.º, da Lei n.º 7347/85, vem manifestar-se nos presentes autos, em atenção à deliberação de fl. 302, itens 1 e 2, conforme segue.

Na data de 14 de outubro de 2008, o Estado do Pará propôs ação civil pública contra J. F de Oliveira Navegações LTDA, em razão de acidente ambiental ocorrido em 3 de setembro de 2008 nas águas do rio Pará, oportunidade em que um rebocador da empresa ao norte referida naufragou, provocando o derramamento estimado em cerca de 15.000 (quinze mil) litros de óleo diesel marítimo.

Independentemente do feito referido, este Órgão, na data de 11 de setembro de 2008, já havia ingressado com ação civil pública com a mesma motivação e contra o mesmo agente passivo, também na 1.ª Vara Cível desta Comarca, que recebeu a numeração 008.2008.1.001682-1.

Devido aos fatos narrados, em 16 de março de 2009, peticionou o Estado do Pará no presente feito, requerendo a reunião dos processos mencionados em razão da existência do instituto da conexão.

O requerente articulou, como fundamentos jurídicos do pleito de conexão, o fato de que ambas as ações trataram da proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a necessidade de estabelecimento de responsabilidade civil pelo dano ambiental ocasionado, estando a ação civil pública do Estado do Pará, pois, totalmente abrangida pelo pedido anteriormente formulado pelo *Parquet* e ajuizado na mesma Vara, em razão do mesmo acidente ambiental.

Passando-se à análise jurídica do pedido, percebe-se ter ocorrido subsunção ao tipo normativo descrito no artigo 103 do Código de Processo Civil

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

(CPC)[1], cuja consequência processual encontra-se ínsita no artigo 105 do mesmo diploma legal[2].

No entanto, tratando-se de fenômeno de modificação de competência sujeita a **discricionariedade do juízo, principalmente no que tange ao resguardo da celeridade e à efetividade que o modelo de tutela coletivo exige,** antes de emitir opinião sobre a reunião dos feitos, convém tecer algumas linhas sobre o interessante tema.

Definindo o instituto da conexão, Luiz Guilherme Marinoni, eminente jurista, preleciona que o fundamento da reunião dos processos é evitar a coexistência de decisões contraditórias e dar maior eficiência à atividade processual, visto que, diante de questões comuns, "será possível aproveitar atos de um processo em outro, reduzindo custos e tempo em ambos"[3].

Na mesma esteira de pensamento, o não menos competente Alexandre Freitas Câmara acrescenta que, não obstante a discricionariedade do juízo quanto à reunião das demandas, deve-se entender a conexão como obrigatória quando houver risco real de decisões contraditórias[4].

Nessa linha de pensamento, não há, pois, como se olvidar que os princípios norteadores do ato jurisdicional de reunião de processos são os preceitos de economia processual e, principalmente, de segurança jurídica.

Ordinariamente, a economia processual manifesta-se pela regra do *máximo rendimento da lei, com um mínimo de atos processuais*[5]*,* refere-se diretamente às partes que idealizam o deslinde do litígio de forma menos dispendiosa e, indiretamente, ao Estado-Juiz, que economiza atos e tempo, implementando a qualidade e a eficácia da tutela jurisdicional.

Já o preceito de segurança jurídica, em que pesem as indeterminações de conceito que tal instituto obtém na doutrina, manifesta a ideia de justiça e ordem, que, no entendimento do conceituado e elogiado doutrinador Miguel Reale, "traduz-se em uma exigência de uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência"[6].

---

1 Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto **ou a causa de pedir**.

2 Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2008, v. 2, p. 50.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 108.

5 LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **Os critérios orientadores dos JECs e sua aplicação na prática forense**. Disponível em: <http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6511&>. Acesso em: 21 março 2009.

6 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

No mesmo sentido, segue o jurista Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, dizendo que, em toda comunidade, é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito, erigindo em grau axiológico um preceito de justiça e ordem coerente e universal[7].

Efetivamente, a defesa de tutelas coerentes, como busca resguardar o dispositivo da conexão, não é nenhuma novidade, pois que já foi objeto indireto de estudo do jusfilósofo Ronald Dworkin que, sem formular um conceito determinado de segurança jurídica, há muito já postulava regras de interpretação baseadas em princípios como instrumento de execração do arbítrio e de decisões divergentes[8].

Com efeito, ao lado dos preceitos de economicidade processual e de segurança jurídica, não se pode descurar que a reunião das demandas deve ser analisada pelo prisma da celeridade e da eficácia jurisdicional consagradas como garantias constitucionais no artigo 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal (CF)[9].

O posicionamento atual acerca do processo reside naquilo que a doutrina costuma chamar *processo civil* de resultados, consistente na conformação tanto da técnica como dos instrumentos processuais aos fins pretendidos, para que estes realmente sejam obtidos de forma justa e efetiva.

A legitimidade social e a efetividade do processo como instrumento a serviço da ordem político-constitucional repousam na capacidade que o processo tem de propiciar aos litigantes o acesso à ordem jurídica justa, obtendo aquele que tem razão no litígio o total amparo do Estado, instrumentalizado pela atividade do juiz de direito, que concede o direito ao caso concreto, tudo formalizado dentro do devido processo legal. Com efeito, com a evolução das necessidades sociais, não basta mais a simples enunciação de direitos sem sua efetivação, sem que o indivíduo tenha como torná-los concretos, já estando, inclusive, há algumas décadas, determinados direitos espraiando-se para além dos interesses dos litigantes, atingindo uma coletividade ou a sociedade como um todo.

A par dessas necessidades prementes e sensíveis aos clamores sociais daqueles que se valem do processo para resolver suas insatisfações, o processualista moderno, principalmente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, conscientizou-se de que os resultados possíveis de serem alcançados pelo processo são, atualmente, mais relevantes que seus conceitos ou sua estrutura.

---

7 CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>. Acesso em: 21 março 2009.

8 DWORKIN, Ronald. Is a law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (Ed.). **The philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 1977. p. 38-65.

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

Objetivando *oxigenar o sistema*, o legislador partiu do pressuposto de repúdio a três vícios do ordenamento que entravavam a efetividade do processo, quais sejam: o **positivismo jurídico**, isto é, a ideia de que todo o fenômeno encerra-se apenas em regras postas, esquecendo-se dos princípios, que são outro tipo de normas, de caráter influenciador de todo o sistema; o **conceitualismo**, em que os conceitos predefinidos em nossa legislação são tidos como dogmas, verdades sabidas e não questionadas, proporcionando a perda da finalidade do processo com esquecimento de que, por detrás de conceito, existe o fenômeno da litigiosidade; por fim, o **garantismo**, pelo qual o princípio do devido processo legal e a segurança jurídica são exageradamente potencializados, esquecendo-se dos demais princípios que também devem nortear a atividade jurisdicional.

O novo inciso do artigo 5.º da CF/88 transmite com precisão o espírito das reformas a que tem sido submetido o processo civil. A efetividade e a celeridade, antes vistas como algo conveniente, mas não essencial à prestação da justiça, hoje são tidas como um *dever do Estado* e um *direito subjetivo do jurisdicionado.*

Essa mudança de perspectiva é incontestavelmente fruto da evolução e da consolidação dos direitos fundamentais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, que quer ser lembrada, respeitada e inserida no contexto dos poderes constituídos.

A partir do momento em que passamos a conceber a presteza da tutela, especificamente sua efetividade, como fator indissociável de uma existência digna, o antigo modelo formal estritamente legal queda-se inerte, dando lugar a um novo processo concebido por sua instrumentalidade e por seu escopo social, sendo revitalizada sua função social de pacificação social.

Abandonando-se a ideia de que o direito se presta para fazer justiça como mero critério regulador – eis que, na verdade, ele se serve da justiça para pacificar os conflitos e, assim, manter a coesão social –, percebe-se que, somente quando se debela o litígio com rapidez, sacia-se a vontade humana de se autotutelar. Não é errado afirmar, portanto, que uma decisão rápida e menos justa apresenta menor potencial de prejuízo ao tênue equilíbrio desse sistema, do que uma decisão reputada justa, mas que exige o esforço de vários anos para se ver efetivada.

Nesse sentido, brilhantes são as palavras de Rafael Bielsa e Eduardo Graña:

> um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e transcorrido o tempo razoável para resolver a causa,

> qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico da decisão[10].

A partir dessa maneira de compreender uma demanda, a efetividade passa a compor o rol de princípios norteadores da dinâmica do processual civil, servindo de instrumento ao condicionamento dos demais princípios, principalmente no que tange ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao postulado no inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal[11].

Todos os fatores ao norte referidos devem ser catalisados pela natureza coletiva das demandas em apreço, visto que nelas a litigiosidade e a insatisfação social são incomensuráveis, exigindo, assim, incidência exponencialmente maior de todos os princípios referidos, como resposta proporcional e justa ao gravame social deflagrado pelo acidente ambiental ocorrido em setembro de 2008, nas águas do rio Pará.

Destarte, levando-se em conta que os feitos, tanto do Estado do Pará, quanto do Ministério Público, guardam entre si identidade de fatos e causa de pedir, e que sua reunião representa implemento de economicidade, segurança jurídica, eficácia e celeridade processual, este Órgão do Ministério Público manifesta-se **favoravelmente** ao pleito de conexão formulado pelo Estado do Pará, postulando que V. Ex.ª, após oitiva da parte contrária, defira a pretensão congregatória, determinando a reunião dos feitos n.º 008.2008.1.001935-4 e n.º 008.2008.1.001682-1, que tramitam por essa Vara, conforme pretendido, por ser esta medida de mais pura e lídima justiça!

Barcarena, 23 de março de 2009.

**SANDRA FERNANDES DE OLIVEIRA GONÇALVES**
1.ª Promotora de Justiça de Barcarena

10 BIELSA, Rafael; GRAÑA, Eduardo. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 65.

11 "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

# PARECER EM PEDIDO DE DIPLOMAÇÃO

AFONSO GHIZZO NETO*

Autos n.º 1102 – Protocolo no TRE-SC n.º 61.365/2009
Parecer do Ministério Público
Interessados:
Partido Socialista Brasileiro (PSB) – Ednaldo José Marcos
Partido Progressista (PP) – Carmelina Alves Filha Barjona
Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – Jaime Evaristo
Partido Social Liberal (PSL) – Maurício Soares

O Partido Socialista Brasileiro (sigla PSB), partido político registrado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sob o n.º 40, e o **Sr. Ednaldo José Marcos**, já qualificado, o Partido Progressista (sigla PP), partido político registrado no TSE sob o n.º 11, e a **Sra. Carmelina Alves Filha Barjona**, já qualificada, o Partido da Social Democracia Brasileira (sigla PSDB), partido político registrado no TSE sob o n.º 45, e o **Sr. Jaime Evaristo**, já qualificado, e o Partido Social Liberal (sigla PSL), partido político com protocolo n.º 23.401 no Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Santa Catarina, juntamente com o **Sr. Maurício Soares**, já qualificado, com fundamento na Emenda Constitucional n.º 58, de 23 de setembro de 2009, peticionaram, **requerendo a diplomação como vereadores** das pessoas físicas acima mencionadas, a ser-lhes conferida em relação às eleições municipais realizadas no ano de 2008.

Como fundamento para o pedido, os requerentes afirmam que a Emenda Constitucional n.º 58 introduziu novas regras para a composição das Câmaras Municipais em todo o País, aumentando o número de cadeiras e gerando o direito à diplomação dos requerentes.

A esse respeito, a referida Emenda Constitucional alterou o conteúdo normativo do artigo 29, inciso IV, alínea "i", da Constituição Federal (CF), estabelecendo o número de "25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes". Desse modo, os requerentes afirmam que a referida Emenda Constitucional é norma de eficácia plena, devendo ser imediatamente aplicada às eleições municipais realizadas no ano de 2008 para aumentar em 6 (seis) o número de cadeiras disponíveis na Câmara de Vereadores de Joinville.

Os requerentes sustentam que a aplicação da Emenda Constitucional n.º 58 pode e deve produzir efeitos referentes aos resultados das eleições municipais do ano de 2008, não encontrando nenhum óbice nas regras que regem o pro-

* Promotor de Justiça junto à 7ª Promotoria de Justiça da Comarca de Joinville, Professor da Escola do Ministério Público.

cedimento eleitoral, visto que a diplomação requerida não implicaria o aumento de despesas.

Segundo os requerentes, a diplomação dos 4 (quatro) requerentes para serem empossados como vereadores é medida que se coaduna com os princípios democráticos, pois aumenta a representatividade do eleitorado naquela casa legislativa, consolidando ainda mais a legitimidade das medidas lá tomadas.

Por fim, afirmam que a aplicação das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 58 ao resultado das eleições municipais realizadas em todo o país no ano de 2008 acarreta maior estabilidade institucional, pois não alterará o quadro de vereadores já empossados e não representa qualquer violação ou alteração das regras jurídicas vigentes ao tempo do mencionado pleito eleitoral.

Esse é o relatório.

Inicialmente, antes de ingressar no mérito da pretensão jurídica formulada, cabe trazer ao debate o teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4307, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em relação à Emenda Constitucional n.º 58/2009.

Em 29 de setembro de 2009, o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar, requerendo fossem sustados os efeitos do inciso I do artigo 3.º da Emenda Constitucional n.º 58, que determina a aplicação retroativa das alterações provocadas pela referida Emenda Constitucional, para incidir no pleito eleitoral realizado em 2008.

Ao apreciar o pedido formulado na ADI n.º 4307, a Ministra Relatora, Carmem Lúcia, deferiu, em 2 de outubro de 2009, a liminar para suspender a eficácia do artigo 3.º, inciso I, da Emenda Constitucional n.º 58/09, que determinava que a alteração no cálculo dos números de vereadores já deveria ser aplicada às eleições de 2008.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do dispositivo introduzido no texto constitucional pelo poder constituinte reformador. Desse modo, considerando que os efeitos da decisão que concedeu a liminar na ADI n.º 4307 têm eficácia *erga omnes*[1], atualmente não é possível a aplicação retroativa das normas inseridas no texto constitucional pela Emenda Constitucional n.º 58.

A esse respeito, vale dizer que, pela sua própria natureza vinculante, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ainda que em liminar, não comporta exceções que

1 Nesse sentido é o comando do artigo 11, § 1.º, da Lei n.º 9868/1999: "Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 1.º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa".

permitam aos demais Órgãos do Poder Judiciário aplicar entendimento a caso individual que destoe da compreensão fixada em controle abstrato.

Desse modo, o pedido de diplomação para posse como vereadores formulado pelos requerentes não pode ser deferido, porque a norma constitucional (EC n.º 58/09, art. 3.º, inciso I) que prevê efeito retroativo para as regras eleitorais que alteraram a composição das câmaras legislativas municipais encontra-se com eficácia suspensa por força de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4307/2008.

De qualquer maneira, não obstante o teor da decisão acima referida, a pretensão jurídica formulada pelos requerentes demonstra-se inconstitucional, visto que afronta flagrantemente outras regras e princípios estabelecidos na Constituição Federal.

A esse respeito, vale dizer que qualquer exercício de interpretação do texto constitucional deve partir da noção de que a Constituição não é um aglomerado caótico de normas e de princípios, é, antes, um conjunto harmônico e estável, que deve ser lido e interpretado em sua totalidade, como um verdadeiro sistema constitucional.

Partindo-se dessa premissa, segundo a qual a Constituição deve ser interpretada em sua globalidade, surge o princípio da unidade da Constituição, assim delineado pela doutrina:

> [...] segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequencia a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como uma unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o *círculo hermenêutico* – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes[2].

Ou seja, não é possível separar normas constitucionais específicas para interpretá-las isoladamente do todo, sob pena de subverter os valores consagrados no texto constitucional.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

Destaca-se, ainda, que a doutrina constitucionalista entende ser o princípio da unidade da Constituição um princípio de interpretação constitucional cuja finalidade precípua é:

> [...] bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desclassificar, como contradições meramente aparentes aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipótese de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação racional evidenciará serem diferentes – 'pretendam' regular a mesma situação de fato[3].

Nesse panorama, a visão unitária da Constituição é chave interpretativa hábil a afastar aparentes conflitos entre normas e/ou princípios constitucionais, sejam eles oriundos do poder constituinte originário ou não.

O princípio interpretativo da unidade da Constituição ganha especial relevância no estudo do presente caso. Isso porque a Constituição Federal, em seu Capítulo IV, quando trata "Dos Direitos Políticos", estabelece, em seu artigo 16, regras precisas para a incidência das normas que regulamentam o processo eleitoral. Trata-se do princípio da anterioridade eleitoral, atrelado ao direito ao devido processo legal eleitoral: "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência" *(redação da EC n.º 04/93).*

Assim, uma norma constitucional, ao estabelecer leis que alteram o processo legislativo, somente poderá ser aplicada após decorrido um ano de sua vigência. Desse modo, a inovação no texto constitucional promovida pela Emenda Constitucional n.º 58 – que determina a produção de efeitos retroativos à norma que modifica o processo eleitoral –, em que pese entendimento judicial em contrário[4], não pode ser interpretada de maneira apartada da regra estabelecida no artigo 16 da Constituição Federal.

Determina o artigo 3.º, inciso I, da EC n.º 58/2009: "Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos: I – o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008 [...]".

Verifica-se, pois, uma aparente colisão entre dois preceitos constitucionais: de um lado, tem-se a regra do artigo 16 que estabelece o princípio da anterioridade eleitoral; do outro lado, tem-se o artigo 3.º, inciso I, da Emenda

3 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 114.

4 Autos n.º 226, do Juízo da 8.ª Zona Eleitoral de Campo Grande que, com base na Emenda Constitucional n.º 58/2009, deferiu pedido de diplomação para cargos de vereadores de Campo Grande sob o argumento de que, encerrando o pleito eleitoral de 2008, a Emenda seria aplicável, por não se tratar de hipótese de retroatividade de norma eleitoral.

Constitucional n.º 58/2009, que determina a aplicação retroativa às eleições municipais realizadas no ano de 2008 das novas regras de composição das câmaras de vereadores.

A aparente colisão entre as normas constitucionais, acima apontada, encontra sua solução nos limites materiais estabelecidos para o poder reformador que, como se sabe, não pode ser casuístico ou oportunista.

É cediço que o poder constituinte reformador encontra limitações de ordem material, formal e circunstancial, que foram definidas pelo poder constituinte originário.

Nesse contexto, insere-se o artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal, que determina limites materiais para o poder de reforma constitucional. São as chamadas cláusulas pétreas: "Art. 60, § 4.º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais [...]".

Portanto, toda e qualquer proposta de emenda à Constituição tendente a abolir direitos e garantias fundamentais nem sequer poderá ser objeto de deliberação no Congresso Nacional. A preocupação do legislador constituinte originário em manter incólume de redução os direitos e garantias individuais foi tamanha que tais matérias nem mesmo poderão ser objeto de deliberação.

Desse modo, deve-se ter em vista que nenhuma garantia individual do cidadão poderá ser suprimida por obra do poder constituinte reformador. Nesse particular, cabe dizer que o Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes já atribuiu à regra do artigo 16 da Constituição Federal (princípio da anterioridade eleitoral) o *status* de direito e garantia fundamental:

> Enquanto o *art. 150, III, b*, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-94), *o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor*, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma *garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado*, nos termos dos art. 5.º, § 2.º, e 60, § 4.º, IV, *a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica* (CF, art. 5.º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV). A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou

> seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1.º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência[5].

Nessa linha, o artigo 16 da Constituição Federal é uma garantia fundamental[6] do cidadão, que se encontra materialmente protegida pela "cláusula de pedra" estabelecida no artigo 60, § 4.º, IV, da Lei Fundamental. Assim, sem se afastar de uma interpretação sistemática (unitária) do texto constitucional e considerando a natureza especial do princípio da anterioridade eleitoral, não é possível chegar à outra conclusão que não seja pela inconstitucionalidade do artigo 3.º, inciso I, da Emenda Constitucional n.º 58.

Em síntese, não é possível suprimir a garantia da anterioridade eleitoral, porque consubstancia garantia fundamental do cidadão, integrando o núcleo duro da Constituição Federal, que serve como limite material às alterações promovidas pelo poder constituinte de reforma.

Poder-se-ia, todavia, argumentar no sentido de que os limites do poder reformador, diante de constituições rígidas, como a brasileira, estão diretamente relacionados à consideração do que seja direito fundamental.

Nesse particular, apenas para contra-argumentar, Antonio Peña Freire considera que a origem do problema está na dificuldade de admitir desde os parâmetros de uma teoria política democrática que se imponham limites constitucionais à capacidade de deliberação dos cidadãos e ao poder de decisão das maiorias. A existência e a atividade operacional desses limites estão, não obstante, presentes nas democracias constitucionais modernas. As mais frequentes, assim como na democracia brasileira, tendem a garantir, em relação ao poder de decisão das maiorias, um *coto vedado*, uma reserva intocável de direitos fundamentais. É a previsão de um limite que proíbe a interferência do poder decisório das maiorias, resguardando-se os direitos básicos, mediante a sua exclusão da agenda política, de modo que fiquem fora do poder reformador, mesmo quando ele seja democrático.

Peña define o Estado Constitucional de Direito como o sistema jurídico-político que limita os poderes do Estado e protege os direitos fundamentais, garantindo a preservação dos direitos que são resguardados aos cidadãos em

5 STF. ADI n.º 3685. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 22 de março de 2006, Plenário. **DJ**, 10 ago. 2006, grifos nossos.

6 Aponta-se ainda que as alterações no resultado das eleições municipais de 2008 representam violação à garantia fundamental insculpida no artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

relação aos Poderes constituídos, inclusive, no que respeita ao **poder** – democrático – **reformador**. A finalidade do Estado Constitucional é realizar e satisfazer os direitos básicos dos cidadãos mediante instrumentos de garantias: a rigidez constitucional e o caráter normativo das constituições.

A rigidez constitucional garante a primazia constitucional, ao definir e qualificar o poder constituinte originário para aprovação, modificação e derrogação das normas como diverso do poder do legislador ordinário. Pode ser **mínima** – meramente formal, possibilitando a modificação da Constituição – ou **máxima** – reforma constitucional, vedada com relação às cláusulas pétreas[7] –, como ocorre na hipótese brasileira.

Assim sendo, o artigo 16 da Constituição Federal representa um verdadeiro *coto vedado*, representando uma importante garantia do devido processo legal eleitoral, instrumentalizando a retidão e a transparência nos procedimentos

7 "Como ya adelantaba, la finalidad del Estado constitucional es realizar o satisfacer los derechos básicos que forman el coto vedado y este fin se pretende lograr fundamentalmente asegurando la primacía de la constitución en la que los derechos quedan atrincherados mediante dos instrumentos o garantías: la rigidez constitucional y el carácter normativo de las constituciones. La rigidez constitucional supone que cualquier reforma de la constitución sólo será posible si se realiza a través de algún procedimiento agravado en relación con el dispuesto para la aprobación, modificación o derogación de las leyes. La rigidez constitucional garantiza la primacía constitucional al definir y cualificar al poder constituyente, esto es, al poder competente para la reforma de la constitución, frente a los poderes digamos ordinarios. La rigidez constitucional es de contenido variable: puede ser mínima si la agravación del procedimiento es puramente formal, como sería el caso de que la modificación de la constitución sólo exigiese la aprobación por parte del órgano competente para la promulgación de las leyes y por el mismo procedimiento empleado para la aprobación de éstas, de un tipo especial de ley, sea una "ley de reforma de la constitución", "enmienda constitucional" o similar. Podría, por el contrario, ser máxima si la reforma constitucional estuviese jurídicamente vetada, esto es, que la constitución o algunas de sus cláusulas fuesen inderogables porque la propia constitución así lo estableciera. Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria. De poco serviría una constitución muy rígida que vetase la posibilidad de un nuevo constituyente, si no es posible reaccionar frente a medidas legales contrarias a las normas constitucionales o si no está permitido que los jueces funden sus decisiones en la constitución cuando esto supone la inaplicación de una norma de rango infraconstitucional. Una importancia especial cobra en este punto el control de constitucionalidad de las leyes que pretende asegurar el carácter normativo de las constituciones frente a las normas aprobadas por el órgano legislativo, esto es, a las leyes. Efectivamente es una constante en los actuales Estados constitucionales de derecho el establecimiento de un procedimiento para dirimir la constitucionalidad de las leyes. Las formas de control de constitucionalidad incluyen tanto el conocido modelo disperso o difuso – paradigmática es la judicial review norteamericana – como el concentrado, abstracto o europeo. Ambos modelos y todas sus posibles variantes son formas de control de constitucionalidad en la medida en que aseguran el carácter normativo de las constituciones, singularmente frente al legislador democrático. Pues bien, como ya avanzaba, un gran número de problemas se suscitan cuando, en un diseño institucional singular, se combinan el rasgo constitucional con el democrático. Si aceptamos que existe un vínculo fuerte entre democracia y regla de la mayoría – lo que nos llevaría, como mínimo, a valorar positivamente las decisiones y opciones socialmente mayoritarias y a propugnar que éstas han de ser las que determinen la acción de gobierno –, es difícil admitir que se impongan vetos de deliberación externos a las mayorías democráticas o que se limiten a priori las cuestiones que pudieran ser objeto de decisión por esas mismas mayorías. El constitucionalismo tiene entonces una espinosa cuenta pendiente (Bayón 2000:67) con lo que se viene denominando objeción contramayoritaria que afecta tanto a la rigidez de la constitución como a su carácter normativo" (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003, p. 34-35).

eleitorais, que estão intimamente relacionadas com o princípio da democracia participativa e os direitos políticos (*jus civitatis*)[8], que formam a base do regime democrático.

O Supremo Tribunal Federal definiu a função do artigo 16 da Constituição Federal como cláusula impeditiva às alterações que pudessem desconfigurar o processo eleitoral:

> [...] a norma do art. 16 da CF, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi prescrita no intuito de evitar que o Poder Legislativo pudesse inserir, casuisticamente, no processo eleitoral, modificações que viessem a deformá-lo, capazes de produzir desigualdade de participação dos partidos e respectivos candidatos que nele atuam [...][9].

Dessa maneira, a garantia do devido processo legal eleitoral – que prevê a regra da anterioridade eleitoral (CF, art. 16) – não pode ser suprimida por emenda constitucional, motivo pelo qual a regra que prevê a retroatividade do artigo 3.º, inciso I, da Emenda Constitucional n.º 58 está eivada de inconstitucionalidade material.

Nessa esteira, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma reformadora coaduna-se com o princípio da máxima efetividade[10] (princípio da eficiência ou da interpretação efetiva), de modo que seja privilegiada a interpretação que confira a mais ampla efetividade social à Lei Fundamental.

Afinal, como é sabido, a tendência hodierna de todo o Direito Constitucional universal "é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz, *pela deformação da vontade soberana do poder constituinte*, à erosão da própria consciência constitucional"[11].

Sílvio Dobrowolski assim entende Constituição:

> [...] um documento político e jurídico através do qual se intenta fundar, de modo racional, os princípios básicos

8 Pimenta Bueno define os direitos políticos como "prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos" (BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília, DF: Senado Federal, 1978, p. 458).

9 STF. ADI 3345 e 3365. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 25 de agosto de 2005, Plenário. **Informativo**, n. 398.

10 Canotilho afirma que o princípio da máxima efetividade "é invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227).

11 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 568, grifo nosso.

> da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, como estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Por outro lado, a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território[12].

Luis Roberto Barroso ensina:

> A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição[13].

Não restringir os limites do poder reformador perante a interpretação do texto constitucional representa ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, representa séria ameaça ao Regime Democrático de Direito. Não se pode, portanto, esquecer a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) esta sujeitar-se ao poder dos fatos. Nem mesmo um eventual estado de necessidade suprapositivo, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. Aliás, como imporíamos limites a esse estado de necessidade? É impossível renunciar à vontade da Lei Fundamental. A preservação e o fortalecimento da força normativa constitucional são medidas fundamentais que se impõem ao intérprete. Ressalta o constitucionalista Konrad Hesse:

> Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do direito constitucional diante do poder dos fatos (*Macht der Fakten*). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa

12 DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 106, abr./jun. 1990, p. 28-29.

13 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: **fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1998, p. 54.

> não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.
>
> Não se deve esperar que as tentações entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição[14].

Todavia, essa inconstitucionalidade material, apontada na Emenda Constitucional n.º 58, não é o único óbice à diplomação dos requerentes como vereadores.

O reconhecimento das novas regras para a composição das Câmaras de Vereadores e sua aplicação às eleições municipais do ano de 2008 acarretariam violação ao devido processo eleitoral, subvertendo a própria representatividade ínsita ao sistema eleitoral proporcional. Nesse ponto, haveria indevida interferência a gerar grave instabilidade institucional.

É que a Constituição da República reservou a adoção do sistema eleitoral proporcional com lista aberta para a composição das casas legislativas municipais.

A doutrina discorre a respeito:

> O princípio de base é que cada eleitor vote somente num candidato, mesmo que a circunscrição comporte vários postos a prover; não se vota nunca por lista. Nisso o sistema é uninominal. No entanto, ao mesmo tempo cada partido apresentará vários candidatos, tantos quanto são os lugares de deputados, em geral, menos se estes são de pequenos partidos. De algum modo, os candidatos

14 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 32.

> de um mesmo partido estão relacionados, pois a divisão de cadeiras se faz por representação proporcional, pelo número de votos obtidos por todos os candidatos de um mesmo partido [...] Votando num candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido[15].

Assim, consoante o sistema eleitoral adotado, a determinação de quais candidatos exercerão mandato eletivo nas Câmaras de Vereadores obedece à regra da divisão das cadeiras em número proporcional aos votos alcançados por todos os candidatos de um mesmo partido ou coligação. Ou seja, para que o sistema se desenvolva, é necessário determinar o número de votos válidos, o quociente eleitoral, o quociente partidário, a técnica de distribuição de restos ou sobras e, por fim, um critério a ser adotado no caso de falta de obtenção do quociente eleitoral.

Isso significa que qualquer alteração nos números de candidatos eleitos, aplicando tais alterações às já encerradas eleições do ano de 2008, exigiria necessariamente a realização de novos cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, acarretando nova distribuição (ou alteração) nas cadeiras, a depender dos números obtidos. Aliás, até mesmo partidos que eventualmente não tenham logrado obter lugares nas encerradas eleições de 2008 poderiam, em tese, ocupar assento na Câmara Municipal.

A instabilidade institucional e a insegurança jurídica resultariam evidentes.

As regras pertinentes à realização dos cálculos para determinar quais são os representantes do povo que ocuparão lugar na Câmara Municipal estão relacionadas no Código Eleitoral, *in verbis*:

> Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.
> Art. 107. Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

15 PORTO, Walter Costa. **Sistema eleitoral brasileiro**. Palestra proferida no IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, Brasília, DF, 10 nov. 2006, p. 8-9.

> Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:
> I – dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;
> II – repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.
> § 1.º – O preenchimento dos lugares com que cada Partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos. (redação dada pela Lei n.º 7.454, de 30.12.1985).
> § 2.º – Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.

Dessa maneira, é inegável que a aplicação da Emenda Constitucional n.º 58, com efeitos retroativos, causaria indevida e nefasta interferência em pleito eleitoral já encerrado, tumultuando a decisão tomada pelo povo em sufrágio, comprometendo a segurança jurídica e a ordem institucional.

O reconhecimento do direito à diplomação dos requerentes acarretaria consequências jurídicas muito semelhantes àquelas cotejadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 197.917 e na Ação Cautelar n.º 189. Muito embora no caso específico do RE n.º 197.917 o objeto da demanda tenha sido a redução do número de vereadores, sua aplicação, após o encerramento das eleições (em plena legislatura), causaria reflexos indesejáveis ao sistema eleitoral, a exemplo do que ocorreria com a aplicação retroativa da Emenda Constitucional n.º 58. Vejamos:

> No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* (retroativo) ocasionaria repercussão em todo o sistema atual, atingindo decisões tomadas em momento anterior à eleição, que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente as decisões tomadas posteriormente ao pleito eleitoral

> também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara municipal nos diversos projetos de lei aprovados[16].

De fato, ainda que promovida por Emenda à Constituição, a alteração, após o término do pleito eleitoral, de regras e princípios previamente estabelecidos afronta a segurança jurídica, viola o princípio da confiança nas leis[17] e ataca a própria força normativa da Constituição.

A propósito, entendendo-se aplicáveis retroativamente os preceitos da Emenda Constitucional n.º 58 às eleições findas (2008), a própria legitimidade (validade) das medidas adotadas pela Câmara de Vereadores poderia ser questionada. Isso porque o número de componentes das casas legislativas influi diretamente na determinação do respectivo *quorum* para deliberações (leis complementares são aprovadas por maioria absoluta, segundo o artigo 69 da Constituição Federal; leis ordinárias são aprovadas por maioria relativa, diz o artigo 47 da Constituição Federal).

Assim, a simples disponibilidade (possibilidade) de cadeiras a mais na Câmara de Vereadores poderia redundar na alteração do respectivo *quorum* de votação de leis, desfigurando, e até mesmo invalidando, eventuais deliberações tomadas com o número "inicial" (antigo) de componentes da casa legislativa. Nessa toada, a alteração do número de vereadores, no pleno transcurso da legislatura em vigor, afetaria diametralmente o próprio devido processo legislativo (CF, art. 59 e seguintes).

Dito de outra forma: se a função precípua do parlamento é inovar a ordem jurídica por meio de ato abstrato e impessoal chamado lei e se a lei representa a síntese da vontade popular, a alteração da composição das casas legislativas representaria a consagração da irremediável subversão constitucional, inversamente contrária aos conceitos e significados da democracia representativa.

O reconhecimento da aplicação da EC n.º 58/09 implicaria, pois, um verdadeiro caos, que comprometeria a essência da representatividade popular, alterando – ao arrepio da própria força normativa da Constituição – as "regras do jogo" do regime democrático. Lembre-se que a alteração na composição das Câmaras de Vereadores – muito mais do que um acréscimo matemático no número de assentos – alteraria o equilíbrio entre a vontade das maiorias e das minorias, desconfigurando a decisão política temporal e penetrando indevidamente na reserva intocável dos direitos fundamentais.

16 Disponível em Notícias do STF, 6 abr. 2004, 20h17. No mesmo sentido: STF. RE n.º 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. **Informativo**, n. 341.

17 Conforme voto do Ministro César Peluso na ADI n.º 3.685, STF.

Por fim, resta dizer que, mesmo no caso de eventual julgamento pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade formulado na ADI n.º 4307, a aplicação da Emenda Constitucional n.º 58 não determinaria automaticamente o direito à diplomação dos requerentes. Isso porque eventual decisão pela aplicabilidade da Emenda Constitucional n.º 58 geraria somente, no plano abstrato, a possibilidade de diplomação, deixando de produzir efeitos em cada caso concreto, eis que estaria dependendo de decisão do Tribunal Regional Eleitoral, após a análise das peculiaridades de cada caso concreto. Vale dizer: a lei é genérica e deve ser verificada – se aplicável – conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

Por tais razões, e considerando o deferimento da medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4307, que suspendeu os efeitos do artigo 3.º, inciso I, da Emenda Constitucional n.º 58/2009, dada a flagrante inconstitucionalidade da aplicação retroativa da norma, o Ministério Público opina pelo **INDEFERIMENTO** dos pedidos de diplomação ora formulados por **Ednaldo José Marcos**, **Carmelina Alves Filha Barjona**, **Jaime Evaristo** e **Maurício Soares**.

Joinville, 13 de outubro de 2009.

**Affonso Ghizzo Neto**
Promotor Eleitoral

# Entrevista

Vitória-régia (Museu Emílio Goeldi)

Juiz de Direito do Maranhão,
Marlon Jacinto Reis,

Na entrevista desta edição, o Juiz de Direito do Maranhão, Marlon Jacinto Reis, atual Presidente da Associação Brasileira dos Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais (Abramppe) e membro do Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, fala da campanha "ficha limpa" que percorre o país, da discussão jurídica sobre a legalidade da proposta diante da Constituição Federal e da receptividade do Congresso Nacional ao projeto.

Marlon Reis venceu o1º Prêmio Innovare, já atuou como juiz auxiliar junto ao TSE, constou na lista da Revista Época entre os 100 brasileiros mais influentes de 2009. É autor do livro "Uso Eleitoral da Máquina Administrativa e Captação Ilícita de Sufrágio", membro da Aceproject Practitioners Network (Suécia), possui Diploma de Estudos Avançados em Sociologia Jurídica e Instituições Políticas pela Universidad de Zaragoza, Espanha, e é doutorando pela mesma instituição.

## 1. COMO SURGIU E EM QUE CONSISTE A CAMPANHA "FICHA LIMPA"?

A Campanha Ficha Limpa foi instituída pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) em dezembro de 2007. Seu objetivo primordial é suscitar na comunidade a convicção de que na política não deve haver espaço para pessoas capazes de desviar verbas públicas para seu próprio benefício. Trata-se de mudar uma cultura política condescendente com pessoas notoriamente envolvidas em atos de corrupção. Para simbolizar tudo isso, coletamos assinaturas para um projeto de lei de iniciativa popular, a fim de propor a criação de inelegibilidades baseadas na vida pregressa dos candidatos.

Por Edyr Falcão e Edvaldo Sales

## 2. COMO FOI REALIZADA A MOBILIZAÇÃO PARA COLHEITA DAS ASSINATURAS E QUANTAS FORAM COLHIDAS (SE POSSÍVEL, ESPECIFICAR POR ESTADO DA FEDERAÇÃO)?

A coleta de assinaturas foi realizada primordialmente pelos Comitês Populares do MCCE (são mais de 300 em todo o País) e pelas 43 organizações que integram o Movimento. Igrejas, associações, sindicatos, grupos de jovens estão entre os principais responsáveis pela reunião do 1,3 milhão de assinaturas obtidas. Como ainda estamos recebendo assinaturas mesmo após havermos protocolado oficialmente o projeto, ainda não dispomos do número final por Estado. Mas a meta foi superada com tranquilidade após um ano e meio de trabalho intensivo.

## 3. EXISTE RESISTÊNCIA DE ALGUNS OPERADORES DO DIREITO AO PROJETO DE LEI QUE PROCURA IMPEDIR A CANDIDATURA DE ALGUÉM QUE TENHA "FICHA SUJA", POIS ISSO IMPLICARIA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. QUAIS ARGUMENTOS JURÍDICOS EXPLICARIAM A CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO SOB ESSE ASPECTO?

Você aplicaria o princípio da presunção de inocência ao Direito Civil? Se assim fosse, não seria possível a reparação do dano antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Também não se aplica ao Direito do Trabalho, o que permite a demissão por justa causa do empregado que praticou crime contra o patrimônio da empresa, mesmo que não haja ainda qualquer decisão no âmbito penal. São só dois entre muitos possíveis sinais de que o princípio da presunção de inocência não se "irradia" para todos os ramos do Direito. Na verdade, é um princípio importantíssimo, cuja aplicação sempre defendemos, mas que tem sua órbita restrita ao Direito Penal. O Direito Eleitoral tem a sua própria principiologia. Um dos mais importantes princípios aplicáveis à matéria das inelegibilidades é o princípio da proteção, expressamente enunciado no § 9.º do artigo 14 da Constituição Federal (CF). Ali se atribui ao legislador complementar o dever de editar normas que instituam inelegibilidades, considerada a vida pregressa do candidato, a fim de proteger a moralidade e a probidade administrativa. Além disso tudo, sempre lembramos que inelegibilidade não é pena; trata-se de um critério político de estabelecimento do perfil esperado dos candidatos. Uma sociedade pode validamente querer que os candidatos não tenham sofrido condenação criminal em qualquer instância por certos delitos reputados infamantes.

**4. DE ACORDO COM O PROJETO APRESENTADO O QUE CARACTERIZARIA ALGUÉM COMO UM "FICHA SUJA"?**

O projeto considera inelegíveis os que sofreram condenação criminal por certos delitos graves, tais como estupro, homicídio doloso, narcotráfico e peculato. Apenas os detentores de foro privilegiado receberam tratamento mais rigoroso. Para o projeto, basta que haja denúncia recebida por um tribunal. É que a decisão se deu já num âmbito colegiado. Reconhece-se que contra os detentores de foro privilegiado a superveniência de uma condenação é muito difícil. Basta ver que o Supremo Tribunal Federal (STF) jamais condenou alguém submetido à sua competência originária.

**5. QUAL A RECEPTIVIDADE DOS CONGRESSISTAS AO PROJETO APRESENTADO? EXISTE ALGUMA SINALIZAÇÃO DE ALTERAÇÕES QUE DESNATUREM A ESSÊNCIA DO PROJETO?**

Tememos que o projeto de lei sofra mutilações que o desfigurem. Uma forma de isso acontecer seria a exigência da confirmação da condenação por outra instância. No caso dos detentores de foro definido por prerrogativa de função, isso corresponderia à manutenção das liberalidades atuais. Estaremos atentos para tentar impedir que desfigurações como essa venham a acontecer.

**6. QUAL SERÁ A TRAMITAÇÃO DO PROJETO A PARTIR DE AGORA NO CONGRESSO NACIONAL E COMO O MOVIMENTO FARÁ O ACOMPANHAMENTO DISSO?**

O Movimento criou uma comissão composta pelos advogados Aristides Junqueira, Amauri Serralvo e Marcelo Lavenere Machado. Também participamos o Carlos Moura, Secretário Executivo da Comissão Brasileira Justiça e Paz, e eu. Nossa incumbência é acompanhar cada passo da tramitação na Câmara e no Senado até a sanção presidencial. O projeto foi recebido como o PLP 518/2009. Está apensado a outros sete projetos de lei semelhantes.

**7. A TRANSFORMAÇÃO DO PROJETO EM LEI PROIBINDO ALGUÉM COM "FICHA SUJA" DE CONCORRER AO PLEITO PODERÁ SER APLICADA NA PRÓXIMA ELEIÇÃO? SE APLICÁVEL, POR QUE ISSO NÃO IMPORTARIA EM VIOLAÇÃO DO ARTIGO 16 DA CF?**

O artigo 16 da CF não impede a eficácia de toda e qualquer mudança na legislação eleitoral há menos de um ano do pleito. Ele se refere a normas que afetem o denominado "processo eleitoral". Regras que instituem inelegibilidades

não alteram o processo eleitoral. Assim já o decidiu o Supremo. Basta ver que a própria Lei de Inelegibilidades foi publicada em maio de 1990 e já valeu para as eleições daquele mesmo ano. O STF afastou expressamente a aplicação do artigo 16.

# Sugestões de Leitura

Mangal das Garças

# SUGESTÕES DE LEITURA*

- **ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O novo Tribunal do Júri: estudo sintetizado sobre as recentes alterações da Lei n.º 11.689/08. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.**

  **Descrição:**

  "Recentemente, o Tribunal do Júri sofreu sensíveis alterações com a vigência da Lei n.º 11.689/08, as quais, a par do louvável intuito, trouxeram preocupação e desassossego à parcela da comunidade jurídica já acostumada com os postulados anteriores e a quem, de maneira um tanto açodada, se viu compelido a rever conceitos, rotinas e procedimentos arraigados na praxe de nossos tribunais, a fim de se adaptar célere e adequadamente à nova sistemática instituída. Procurei, assim, na presente obra, traçar as linhas gerais do novo Tribunal do Júri, fazendo referência direta e cruzada ao regramento anterior, com abordagem precisa dos institutos renovados e modificados, de maneira a proporcionar aos estudiosos uma visão perfeita e harmônica da recente lei modificadora".

  Fonte: http://www.livrariadoadvogado.com.br/progres.asp?page=liv_detalhes.asp&cod=853750394

- **NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.**

  **Descrição:**

  "A Lei n.º 12.015/2009 trouxe modificações substanciais ao Título VI do Código Penal (art. 213 e seguintes), com a introdução de novos tipos penais incriminadores, a unificação de tipos antigos e a alteração de normas em geral. Alterou também o art. 1.º da Lei dos Crimes Hediondos, com a introdução do crime de estupro de vulnerável, e revogou a Lei n.º 2.252/54 (corrupção de menores), ao mesmo tempo que inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente o art. 244-B. Toda reforma carrega consigo erros e acertos. Esta traz mais acertos. Sobre tudo isso reflete a presente obra, assim como sobre as questões doutrinárias e jurisprudenciais que emergirão, na procura de contribuir para a melhor interpretação possível da legislação".

  Fonte: http://www.livrariart.com.br/index.php?sub=produto&id=18064

* Com colaboração da biblioteca do Ministério Público do Estado do Pará e de Cristina Figueiredo Terezo

- **REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009.**

  **Descrição:**

  "Nesta obra 'se destaca a capacidade que tiveram os autores de tratar do mandado de segurança à luz da teoria geral do direito processual. Examinar temas como as condições da ação no mandado de segurança, ou a natureza da(s) tutela(s) jurisdicional(is) que por meio desse mecanismo pode(m) ser prestada(s), não é tarefa das mais simples, e a ela os autores se dedicaram com proficiência.

  Além disso, enfrentaram os autores, com coragem, questões novas, suscitadas pelo novo texto legal, como é o caso da relação entre mandado de segurança coletivo e mandado de segurança individual. [...]

  Este livro que ora tenho a elevada honra de apreciar é, como já disse, fruto do trabalho de três jovens e talentosos processualistas.

  Os três aliam sua produção doutrinária à sagrada atividade do magistério. Além disso, são todos os três, advogados militantes. A soma das experiências adquiridas na biblioteca, na sala de aula e no meio forense contribui para o resultado que o leitor neste livro encontrará: uma obra de leitura agradável, com seriedade científica, e preocupada com o funcionamento prático do mandado de segurança. [...]""

  Alexandre Freitas Câmara

  Fonte: http://www.relativa.com.br/DescricaoLivro.asp?CodigoLivro=125004

- **SILVA, Roberto B. Dias da (Coord.). Direito constitucional: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.**

  **Descrição:**

  "O mandado de segurança, como sabemos, configura remédio constitucional para combater a ilegalidade ou abuso de poder. Conta com natureza jurídica de uma ação, mais precisamente ação de rito especial, que visa a proteção de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável – pela ilegalidade ou pelo abuso – for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público".

  Fonte: http://www.livrariadoadvogado.com.br/progres.asp?page=liv_detalhes.asp&cod=852033284

- **SOUSA, Patrícia Brito e. Inelegibilidade decorrente de contas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2010.**

  **Descrição:**

  "A presente obra é a única a focalizar, de forma didática e organizada, o Direito Eleitoral na perspectiva da repercussão dos julgamentos administrativos dos 34 Tribunais de Contas brasileiros no instituto da inelegibilidade, com legislação e vasta jurisprudência atualizada dos 27 Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, até as últimas eleições municipais de 2008, quando foram ajuizados quase 400.000 pedidos de registros de candidaturas a cargos eletivos na Justiça Eleitoral. Membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, professores, advogados, concursandos de carreiras jurídicas, estudantes, gestores públicos e candidatos a mandatos eletivos encontrarão nesta obra a resposta didática e segura a temas inéditos do Direito Eleitoral".

  Fonte:http://www.livrariadoadvogado.com.br/progres.asp?page=liv_detalhes.asp&cod=853090743

- **TORRES, Aimbere Francisco. Adoção nas relações homoparentais. São Paulo: Atlas 2009.**

  **Descrição:**

  "A finalidade deste livro é possibilitar maior compreensão dos novos valores que se destacam na sociedade pós-moderna, de uma nova representação de vida social diante das mudanças de atitudes em face da sexualidade. Além de sua abordagem no âmbito do direito civil, trata da questão da adoção sob o enfoque da exclusão social, tendo por fundamento princípios constitucionais para a concretização do ato de assumir a criação e a formação de criança por pessoas do mesmo sexo.

  O estudo procura concretizar o novo paradigma, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, que, adjetivada de Constituição Cidadã por doutrina autorizada, veio a regular o Direito de Família através de princípios, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a solidariedade, a felicidade e, notadamente, tendo no afeto sua principal vertente.

  Os Capítulos 1 e 2 abordam aspectos relativos à Dignidade da Pessoa Humana e aos Direitos Fundamentais, sendo certo que, no segundo, será analisada a dignidade humana como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano. O Capítulo 3 trata da questão da afetividade como novo arquétipo jurídico da família e da relação paterno-filial, traçan-

do um paralelo entre a família patriarcal e matrimonializada estruturada pelo Código Civil de 1916 e os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e da afetividade, os quais implicam a repersonalização do Direito de Família. Esse capítulo aborda, ainda, a pluralidade das formas de família.

Já o Capítulo 4 discute a filiação socioafetiva na família plural adotiva, equiparando as relações homoeróticas, para todos os efeitos, à união estável e, por conseguinte, como espécie de entidade familiar, tendo em vista a existência do afeto e não a identidade de sexo dos conviventes, o que lhes permitirá o direito à adoção.

Obra de interesse relevante para magistrados, representantes do Ministério Público, no que se refere às suas atuações junto à Vara da Infância e da Juventude, bem como para advogados militantes na área de família. Leitura complementar para as disciplinas Direito Civil, Direito Constitucional dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito".

Fonte:http://www.relativa.com.br/DescricaoLivro.asp?CodigoLivro=124534

- **BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. 332 p.**

  **Descrição:**

  A obra trata de um tema que volta a ser debatido no campo acadêmico, em razão do tratamento internacional dispensado ao assunto, mormente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem decidido pela suspensão dos efeitos das leis de anistia de países da América do Sul. A autora examina os conceitos de anistia, deferindo especial atenção à situação do Estado brasileiro e ao caso em trâmite no Sistema Interamericano, que deve ser julgado em 2010.

- **COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Org.). Direitos humanos em concreto. Curitiba: Juruá, 2008. 288 p.**

  **Descrição:**

  A obra representa o conjunto de pesquisas realizadas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, que, desde 2004, consagrou a temática dos Direitos Humanos como área de concentração dos cursos oferecidos. A presente obra contempla artigos estruturados em três campos: constitucionalismo, democracia e direitos humanos;

direitos humanos e exclusão social; direitos humanos e a proteção do meio ambiente. Alberga assim amplas categorias do conhecimento, havendo diálogo com outras áreas que não propriamente a da pesquisa jurídica.