

REVISTA JURÍDICA

**da Seção Judiciária
de Pernambuco**

ISSN 1984-512X

REVISTA JURÍDICA **da Seção Judiciária** **de Pernambuco**

Número 2
2009

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juíza Federal Diretora do Foro
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO
KOEHLER

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
CÉSAR ARTHUR CAVALCANTI DE
CARVALHO

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE
MIRANDA LUNARDELLI

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

Juízes Federais Integrantes do Conselho
Editorial
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS
E SILVA NETO – Diretor do Conselho
Editorial
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E
SILVA
CAROLINA SOUZA MALTA
JORGE ANDRÉ DE CARVALHO
MENDONÇA

Revisão de Texto:
SOFIA SIMPLÍCIO SILVA
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica:
LIGIA REGIS CAMINHA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.gov.br

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judi-
ciária de Pernambuco. n. 2 (2009) Recife, 2010

Anual

ISSN 1984-512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Corregedor

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Diretora da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**

Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**

Desembargadora Federal **Margarida de Oliveira Cantarelli**

Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

Desembargador Federal **José Baptista de Almeida Filho**

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Paulo de Tasso Benevides Gadelha**

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Antônio Bruno de Azevedo Moreira
Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ricardo César Mandarino Barreto
Ubiratan de Couto Mauricio
Élio Wanderley de Siqueira Filho
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
José Maximiliano Machado Cavalcanti
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Francisco Glauber Pessoa Alves
Danielle Souza de Andrade e Silva
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta

Juízes Federais Substitutos:

Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Gustavo Pontes Mazzocchi
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito

Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Thalynni Maria Freitas De Lavor
José Moreira da Silva Neto
Guilherme Masaiti Hirata Yendo
Bruno César Bandeira Apolinário
Paulo Roberto Parca de Pinho
Amanda Gonzalez Stoppa
Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza
Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar
Claudio Kitner

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Diretor do Conselho Editorial13

ARTIGOS

A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Alexandre Luiz Pereira da Silva.....15

EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS

Bruno Cesar Bandeira Apolinário..... 47

A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DAS AUTORIDADES MILITARES

Cesar Richa Teixeira Ananias 64

TUTELA PENAL COLETIVA E CRIME ORGANIZADO

Diego Fajardo Leão de Souza.....85

INTEGRAÇÃO REGIONAL E DIREITO INTERNACIONAL LATINO-AMERICANO: UM ESTUDO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza.....111

FILA DE BANCO E DANO MORAL

Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza131

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

Joana Carolina Lins Pereira147

O “MITO DE PROCUSTO” E A EFETIVIDADE PROCESSUAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO RECIFE: O PROBLEMA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS

DA TUTELA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Leonio José Alves da Silva.....159

**SENTEÇA PRIMA FACIE NOS JUIZADOS FEDERAIS: UMA QUESTÃO DE
AGILIZAÇÃO PROCESSUAL**

Marcos Antonio Ferreira Lima.....185

**O ESTADO DE NECESSIDADE E A INEXIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA
COMO FUNDAMENTOS DE DEFESA NO CRIME DE APROPRIAÇÃO
INDÉBITAPREVIDENCIÁRIA**

Maria Verônica Amorim de Brito.....207

**DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM
CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL**

Paulo Alexandre da Silva231

**A LEI MARIA DA PENHA E A AÇÃO PENAL NO CASO DE LESÃO CORPORAL
LEVE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A
MULHER**

Rafael Cavalcanti Lemos269

**DESCARTE DE PROCESSOS FINDOS: A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS
PRECEITOS DO CAPITAL SOCIAL COMO FORMA DE DIFUNDIR A RELEVÂNCIA
DO ARQUIVO - UM EXERCÍCIO DE CIDADANIA**

Tania Campinho281

**O ASSALTO COLETIVISTA ÀS INSTITUIÇÕES DO DIREITO PRIVADO E A
AMEAÇA À AUTONOMIA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA**

Vandir Pereira de Souza.....311

MEMÓRIA DA JUSTIÇA FEDERAL

DECRETO Nº. 848/1890

Exposição de Motivos.....323

APRESENTAÇÃO

O caso eu conto como o caso foi. Há dois anos surgiu a idéia de se lançar, na Justiça Federal em Pernambuco, revista jurídica capaz de registrar e disseminar a produção de seus integrantes, bem como de incentivar o debate com autores de outras plagas.

Existiam, na época, iniciativas semelhantes, cada qual com o seu formato peculiar. Mas, em nossa seção judiciária, não havia periódico digno deste nome. Houve, na década passada, breve tentativa, da qual resultou um único volume, sem qualquer tratamento editorial.

Logo em Pernambuco, tão cioso de sua Faculdade de Direito, jovem senhora a caminho do bicentenário, de onde partiram tantos juristas e literatos.

Entrou em jogo, pois, o “bairrismo pernambucano”, entendido em seu sentido mais próprio: sem desprezo pelas tradições alheias, desprovido de sentimento de exclusão e males semelhantes. Apenas o desejo de contribuir para o aperfeiçoamento das instituições, de fraterna inclusão no debate, baseado na fundada crença de ter contribuições a oferecer.

Apresentada a idéia ao Juiz Federal Diretor do Foro, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, foi de pronto acolhida, composto o conselho editorial inicialmente por este signatário e pelas Dras. Carolina Souza Malta e Danielle Souza de Andrade e Silva, aos quais se juntaram posteriormente os Drs. Frederico Augusto Leopoldino Koehler e Jorge André de Carvalho Mendonça.

Ao grupo somaram-se ainda Filipe Ishigami, nosso “mais que diligente” secretário da revista, bem como Sofia Simplício Silva e José Honório da Silva Filho, que sem prejuízo de suas atribuições cotidianas encontraram tempo para revisar o texto final.

Pedindo vênias pela evidente suspeição de quem subscreve estas linhas, o primeiro volume da revista alcançou o pretendido êxito. Além de reunir a “prata da casa” (servidores, juizes, advogados, professores de nosso Estado), foi prestigiado pela comunidade acadêmica nacional. Do Rio Grande do Sul ao Ceará, passando-se pelo Paraná, por São Paulo, pela Bahia, pelo

Rio Grande do Norte, vieram gentilmente contribuições que ratificaram o caráter plural do periódico.

Este novo volume, enfim, colheu os louros do anterior (praticamente triplicou o número de artigos submetidos à análise do conselho editorial) e segue as mesmas diretrizes já mencionadas. Permanece aberto à comunidade, pernambucana e nacional, e traz novas contribuições sobre temas relevantes à experiência jurídica, além de um apêndice de natureza histórica, a fim de relembrar nossas origens e nossa missão institucional.

Um destaque, entretanto, faz-se necessário: a Justiça Federal tem investido maciçamente na formação e no aperfeiçoamento de seus recursos humanos, especialmente no que tange à Administração Judiciária. Este movimento se reflete no novo volume, compartilhando-se seus resultados com o público.

Por fim, o conselho editorial externa seus agradecimentos aos autores dos presentes ensaios, à Direção do Foro, na pessoa da Dra. Joana Carolina Lins Pereira, que deu continuidade à iniciativa, e a todos que colaboraram nesta tarefa. Ex corde!

Francisco de Barros e Silva Neto
Diretor do Conselho Editorial

A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Alexandre Luiz Pereira da Silva

Professor Adjunto de Direito Internacional Público da UFPE.
Doutor em Direito (UFPE). Mestre em História (UFRGS)

RESUMO: O estudo procura examinar o instituto da obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade, sob duplo enfoque: no direito penal brasileiro e no direito internacional penal que vem se constituindo na sociedade internacional do século XXI. Buscou-se estabelecer um paralelo entre os dois, na tentativa de encontrar-se elementos similares e diferenciadores. O debate sobre a obediência hierárquica acentuou-se com Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional, provocando acesos tanto na esfera interna como internacional.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Perspectiva histórica sobre a culpabilidade. 2. Exigibilidade de conduta diversa. 3. Obediência hierárquica. 4. Obediência hierárquica no Direito Penal brasileiro. 4.1. O tema na Constituição Federal de 1988. 4.2. O tema no Código Penal. 4.3. Código Penal Militar. 5. Obediência hierárquica no Direito Internacional Penal. 5.1. Tribunais do pós-Segunda Guerra Mundial: Nuremberg e Tóquio. 5.2. Comissão de Direito Internacional e as convenções internacionais sobre Direitos Humanos. 5.3. Tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia e Ruanda. 5.4. Tribunal Penal Internacional. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é examinar o instituto da obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade, tanto no direito penal brasileiro como no direito internacional penal, procurando estabelecer um paralelo, na busca de elementos similares e diferenciadores.

Na perspectiva do direito brasileiro, investiga-se por meio de um duplo viés: do direito penal e do direito constitucional. No direito internacional, a análise do instituto passa pelo exame do tema nos tratados internacionais de direitos humanos e nos estatutos dos tribunais internacionais penais, tanto os históricos como os que estão em funcionamento na atualidade.

A defesa com base na obediência a ordens superiores é um conceito aparentemente fácil de definir. Apesar disso o tema causa mais confusão entre os juristas, nacionais e estrangeiros, do que se poderia imaginar.

Antes de estudar-se propriamente a exculpação legal da obediência hierárquica faz-se necessário contextualizá-la dentro do princípio da culpabilidade, partindo de uma evolução histórica até sua posição no direito interno e no direito internacional.

Trata-se de um assunto, na esfera internacional, também bastante polêmico e controvertido. As ordens emanadas de superior hierárquico, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Nuremberg e dos tribunais ad hoc das Nações Unidas, não aceitam como circunstâncias que eliminam a culpabilidade, e recentemente foi inserida no Estatuto que criou o Tribunal Penal Internacional.

É importante frisar que essa situação de obediência a ordens superiores é uma excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, dessarte, também essa causa supralegal de exclusão da culpabilidade será apreciada.

1. CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A CULPABILIDADE

Na visão finalista de Hans Welzel, uma ação se converte em delito quando infringe o “de um modo determinado a ordem da comunidade, tendo que ser ‘típica’ e ‘antijurídica’, e suscetível de ser reprovada ao autor como pessoa responsável, tendo que ser ‘culpado’”¹. Por isso, o crime é o resultado de ação típica, antijurídica e culpável, ou seja, é a presença desses três elementos que converte uma ação em um delito.

Nesse sentido, não parece, concessa venia, correto o entendimento de parte da doutrina penalista brasileira que entende a culpabilidade como um pressuposto da pena, e não como integrante da teoria do crime.²

¹ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 57.

² Por exemplo, é a tese defendida por Damásio E. de Jesus que entende que o crime se compõe de fato típico e antijurídico somente, figurando a culpabilidade como mero pressuposto da pena. JESUS, Damásio E. Direito penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133.

Lembre-se que a tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade um juízo de contrariedade da conduta do homem com o direito e a culpabilidade um juízo sobre o autor deste fato. Salienta Cláudio Brandão que com “tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato”³. Portanto, uma ação típica e antijurídica somente se converte em crime com o acréscimo do elemento culpabilidade.

Uma definição possível de culpabilidade seria dizer que se trata “de reprovação pessoal que se dirige ao autor pela realização de um feito tipicamente antijurídico”⁴. Na essência a culpabilidade reside na reprovabilidade da verificação do injusto típico ao autor.

Além disso, para que haja culpabilidade é indispensável a presença de três requisitos: capacidade de culpabilidade, consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, elementos específicos que fazem parte do conceito dogmático de culpabilidade.

Para se alcançar esse conceito de culpabilidade foi percorrido um longo caminho. Os antecedentes primitivos para se tentar explicar a culpabilidade são encontrados no direito penal italiano da Baixa Idade Média e na doutrina do direito comum elaborada nos séculos XVI e XVII.⁵

Todavia, para o melhor entendimento, a evolução da ideia de culpabilidade será buscada à luz da construção das teorias desenvolvidas sobre o instituto, tais como a teoria psicológica, teoria a psicológica-normativa e a teoria normativa pura.

A primeira formulada foi a teoria psicológica da culpabilidade, de índole psicológico-naturalista, sem qualquer caráter normativo. Para esta, a culpabilidade é um vínculo psíquico que liga o autor ao fato, ou seja, há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado. Portanto, a culpabilidade pode ser apresentada de duas formas, dolo e culpa. Na primeira, o agente conscientemente procura alcançar o resultado; já na segunda forma, requer apenas a previsibilidade ou a falta de diligência para evitar um resultado contrário ao direito.

³ BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 131.

⁴ DEL ROSAL, Manuel Cobo; ANTÓN, Tomás Vives. Derecho Penal: parte general. 5. ed. aum. atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 535.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 339.

O equívoco dessa teoria foi o de reunir como espécies de culpabilidade fenômenos diversos: dolo e culpa, não explicando de maneira satisfatória a culpabilidade penal, já que o dolo caracteriza-se por uma atitude desejada pelo autor, enquanto a culpa seria uma atitude não desejada do resultado. Tampouco, poder-se-ia fundar o conceito de culpabilidade da culpa inconsciente – quando não há previsão – com fundamento na concepção psicológica da culpabilidade, já que nela não há uma relação psíquica com o resultado.

Em 1907, Reinhart Frank em sua obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* propôs a redefinição de culpabilidade como reprovabilidade, desta forma inaugurando o seu conceito normativo, “sob o argumento de que um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém, se é possível reprovar-lhe sua realização”⁶. Além deste autor, destacam-se na linha de pensamento normativista, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal.

Essa teoria normativa ou psicológico-normativa da culpabilidade entende que não é apenas situação psicológica que compõe a culpabilidade. Isto porque, além desses elementos subjetivos, deve-se acrescentar outro, de índole normativa, o qual permita determinar se é possível reprovar a conduta do agente. Assim, consideram ser essencial a existência de um juízo de valoração que permita analisar se era ou não possível exigir do agente outra conduta.

Nessa mesma linha, acrescenta Magalhães Noronha que na culpabilidade destacam-se dois elementos: o normativo, ligando a pessoa à ordem jurídica, e o psicológico, vinculando-a subjetivamente ao ato praticado⁷. Enfim, para os defensores dessa teoria o intérprete não deve limitar-se somente ao aspecto psicológico – dolo ou culpa – mas deve também analisar a personalidade do agente a fim de determinar se a sua vontade deve ser ou não considerada reprovável e, conseqüentemente, responsável.

Portanto, a culpabilidade psicológico-normativa compõe-se dos seguintes elementos: a) imputabilidade (pressuposto da culpabilidade); b) elemento psicológico-normativo, que pode ser o dolo ou a culpa (elementos da culpabilidade); e c) a exigibilidade de conduta conforme ao direito.

Críticas à teoria psicológico-normativa foram formuladas desde o seu aparecimento. Afirmava Binding que definir a culpabilidade como repro-

⁶ SANTOS, Juez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 206.

⁷ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**, vol. 1: introdução e parte geral. 38. ed. rev. atual. por Adalberto José Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103.

vabilidade importava em um erro lógico consistente em confundir a causa com o efeito. Para o penalista argentino Sebastian Soler, a afirmação de que a culpabilidade é reprovação equivale dizer que a virtude é aprovação, ou que a periculosidade é temor, assim como um sujeito é temido porque é perigoso ou estimado porque é virtuoso, assim também é reprovável porque é culpável⁸.

A evolução do conceito de culpabilidade se processa no sentido de excluir da ideia de culpa elementos psicológicos, reduzindo-a a conceito normativo, ou melhor, uma teoria normativa pura, sustentada pelo finalismo welzeliano.

O finalismo vem, então, com a teoria normativa pura da culpabilidade. Formulada pelo professor Hans Welzel da Universidade de Göttingen, por volta de 1930, trazendo a ideia de que o dolo encontra-se na ação e não na culpabilidade.

Nas palavras de Welzel:

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (= “dolo do tipo”). A ação objetiva é a execução adequada do dolo. [...] O dolo como mera resolução é penalmente irrelevante, já que o Direito Penal não pode alcançar o puro ânimo. [...] Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito.⁹

Para os defensores da teoria finalista, a culpabilidade deve ser entendida como um juízo de reprovação, já que no agente há a possibilidade da consciência da antijuridicidade, motivo pelo qual dela faz parte a imputabilidade.

Nesse sentido, para os finalistas a culpabilidade tem os seguintes elementos: *a)* imputabilidade; *b)* possibilidade de conhecimento do injusto; e *c)* exigibilidade de conduta diversa.

Isto posto, a concepção finalista traz exclusivamente elementos que são conceitos normativos, ou seja, da culpabilidade foi retirada qualquer vestí-

⁸ SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, tomo I. Buenos Aires: TEA, 1973, p. 13.

⁹ WELZEL, *op. cit.*, p. 77.

gio de elemento psicológico. O elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade.¹⁰

Vê-se, por consequência, uma diversidade de abordagens sobre o conceito de culpabilidade ao longo da história do direito penal. De uma ideia de ligação psicológica entre o agente e o seu fato (teoria psicológica), passando por um juízo de valor sobre uma situação fática (teoria psicológica-normativa) até chegar a concepção de que a culpabilidade é um juízo valorativo, um juízo de reprovação que se faz ao autor de um fato criminoso (teoria finalista).

2. EXIGIBILIDADE CONDUTA DIVERSA

Não atua de modo culpável aquele a quem não pode ser exigida uma conduta distinta da realizada, isto é, há situações em que a conduta do sujeito não será reprovável porque não se podia exigir dele o sacrifício de atuar como o fez. A exigibilidade de outra conduta, como visto, vem das considerações gerais formuladas por Frank, com respeito a estrutura do conceito de culpabilidade.

O fato de “não se poder exigir” outra conduta do sujeito em determinada situação, delimita o âmbito de uma causa de exclusão da culpabilidade. Essa situação de inexigibilidade de comportamento diverso é determinada pelo conflito entre sofrer um mal e causar um mal.

A exigibilidade de outra conduta tem um fundamento histórico concreto. Segundo o reportado na história jurídica, a opinião foi formada pela primeira vez por meio da jurisprudência do Tribunal do Império da Alemanha, na primeira metade do século XIX, quando foi examinado no caso *Leinenfänger* – cavalo que não obedece às rédeas.

No caso em tela, o dono de uma empresa de coches ordenou a um empregado que colocasse na carruagem um “cavalo de caça”, bastante arreado ao comando para parar quando avista uma caça. O cocheiro, prevendo um eventual problema, negou-se a colocar tal cavalo. Sob ameaça de perder o emprego dada a ameaça do proprietário da empresa que obedecesse tal ordem, o cocheiro cumpriu o comando. Quando a carruagem encontrava-se na rua, inesperadamente, o animal disparou sem controle ao avistar a caça, causando lesões corporais em um transeunte.

¹⁰ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 144.

O Tribunal absolveu o empregado, reconhecendo que o Direito somente pode fazer uma reprovação pessoal sobre uma pessoa se puder exigir dela uma outra conduta, o que não ocorreu no caso.¹¹

Para Mezger, tal caso espelha o resultado da “especial causa ‘supralegal’ – porque descansa em considerações valorativas no caso concreto – (de exclusão da culpabilidade) da ‘não exigibilidade’ é direito reconhecido no âmbito da conduta culposa”¹². Acrescenta o penalista alemão: “a causa de exclusão da culpabilidade da não exigibilidade garante as últimas possibilidades de negar a culpabilidade do agente por sua ação. Nesta zona limite mais extrema da culpabilidade jurídico-penal domina o pensamento da consideração valorativa, mas em todo caso orientada na lei.”¹³

Outro caso interessante vem da jurisprudência argentina trazida por Luis Jiménez de Asúa. No caso em tela, a justiça platina absolveu, como fundamento na exclusão da culpabilidade por não exigibilidade de outra conduta, um motorista de Estado que atropelou um pedestre ao obedecer à ordem de entrar em sentido proibido para que a autoridade chegasse a tempo hábil em importante compromisso. A inexigibilidade de conduta diversa foi confirmada como motivo de absolvição pela Câmara de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires.¹⁴

Também para Heleno Cláudio Fragoso não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso. No caso, afirma, “subsiste a ilicitude, mas exclui-se a culpabilidade naqueles casos em que o agente cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diverso”¹⁵.

Como visto acima, a exigibilidade de comportamento diverso é um dos três elementos da culpabilidade, enquanto a inexigibilidade de outra conduta constitui o motivo de algumas causas de exclusão da culpabilidade. No direito penal brasileiro tais hipóteses encontram-se em dois casos: na coação irresistível e na obediência hierárquica (art. 22 do Código Penal).

Nota, no entanto, Francisco de Assis Toledo que além dessas

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro, Forense: 2005, pp. 144-145.

¹² MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [1949?], p. 207.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 210.

¹⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal**. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 332.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 214.

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.¹⁶

Isto posto, a inexigibilidade de conduta diversa funciona como excludente da culpabilidade, aceita no direito penal brasileiro.

3. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

“Ordem é ordem”, como bem diz Elias Canetti, “é possível que o caráter definitivo e indiscutível atrelado à ordem seja a causa de pouca reflexão a seu respeito. Aceita-se a ordem como algo que sempre existiu; ela parece tão natural quanto imprescindível”¹⁷.

Acrescenta ainda o pensador de origem búlgara:

No cumprimento do dever, o soldado só age sob ordens. Ele pode ter vontade de fazer uma coisa ou outra, mas, sendo soldado, isso não conta: tem de renunciar a fazê-lo. Um soldado não pode ver-se diante de uma encruzilhada, pois, diante de uma, não é ele quem decide qual dos dois caminhos tomar. Sua vida ativa é restrita sob todos os aspectos. Ele faz o que todos os demais soldados fazem *juntamente* com ele; e faz o que lhe é ordenado. A ausência nele de todos os demais atos que os outros homens acreditam praticar de livre e espontânea vontade torna-o sedento dos atos que ele *tem* de executar.¹⁸

Também Arthur Kaufmann debruçou-se sobre o tema, colocando que falta aos soldados qualquer direito de resistência. Para o filósofo alemão nesse caso:

Falta desde logo a proporcionalidade; a resistência teria que ocorrer em grande escala e conduziria por isso provavelmente a situações caóticas e ao derramamento de sangue. Mas, sobretudo, não pos-

¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328.

¹⁷ CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 303.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 312.

suem os simples soldados (entre os quais como também os oficiais inferiores e intermédios) o necessário discernimento e a exigível visão global da situação; eles não se encontram, portanto, entre as “personalidades de especial estatuto e consideração”. Finalmente a perspectiva de êxito dessa resistência seria mínima. Mesmo abstraído de tudo isto, é de ter em consideração que seria demasiado exigir ao simples soldado que tivesse de ponderar juridicamente todas estas questões: dever de obediência, deserção, resistência. Por isso, prevalece quanto a ele o dever de obediência.¹⁹

Já para o penalista italiano Vincenzo Manzini, “a ordem hierárquica, fundada sobre normas de direito, tem a finalidade de declarar categórica e imperativamente ao subordinado o que, segundo a lei, ele deve fazer para cumprir com seu dever”.²⁰

Normalmente, a busca por uma excludente de responsabilidade individual por obediência a ordens superiores é utilizada por escalões inferiores. Todavia, oficiais nazistas graduados, que dispunham de grande poder na hierarquia do Terceiro Reich, também usaram o argumento de que apenas cumpriam ordens expressas do *Führer*, defesa que foi rejeitada pelo Tribunal de Nuremberg, como se verá adiante.

No entanto, não impediu que essa mesma argumentação fosse utilizada novamente por Adolf Eichmann junto à Corte Distrital de Jerusalém quando do seu julgamento na participação da “solução final dos judeus”.²¹

Quando as ordens superiores são expedidas, elas podem ser ilegais tanto sob o prisma do direito interno quando do direito internacional, neste caso, não haverá nenhum conflito entre os dois sistemas legais em decorrência da ilegalidade dessas ordens.²²

Três soluções têm sido sugeridas ao problema da obediência hierárquica: *a)* o sistema da obediência passiva, em que se exclui, de modo absoluto a possibilidade do inferior indagar da legalidade da ordem recebida, isto é, uma obediência cega ou absoluta; *b)* o sistema conhecido como das “baionetas inteligentes”, no caso o inferior tem o direito de discutir a ordem do

¹⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 373-374.

²⁰ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949, p. 32.

²¹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²² DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 198.

superior e recusar-lhe obediência, quando a ordem é ilegal; c) um sistema intermediário, no qual a ordem deverá ser cumprida, se aparentemente legal, mas caso seja manifestamente ilegal, ao inferior, a circunstância da obediência apenas atenuará a pena resultante do cumprimento da ordem.

A obediência hierárquica tem sido objeto de grande controvérsia, quanto à sua natureza jurídica. O tema não é pacífico na doutrina brasileira e o debate em torno da questão também acirrou posições no direito internacional penal.

4. A OBEEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Aparentemente, a obediência hierárquica como defesa é um conceito relativamente fácil de definir. Conceituar o que é obediência hierárquica, no entanto, entre os juristas causa mais confusão do que se imaginaria. Para uns trata-se de uma justificação, para outros, é uma circunstância atenuante e há aqueles que consideram ambas as coisas.

Entre os penalistas brasileiros o tema da obediência hierárquica como excludente da culpabilidade tem diferentes fundamentações, variando as posições entre erro de proibição, inexigibilidade de outra conduta e a possibilidade de que ocorra tanto o erro quanto a inexigibilidade de conduta diversa. Veja-se algumas posições:

Para Aníbal Bruno, aquele que cumpre ordem legítima não pode ser acusado de crime, já que seria o caso de estrito cumprimento do dever legal, dessa forma excluindo a antijuridicidade do fato do agente. No caso da ordem ilegal aquele que executa não percebendo da sua ilegitimidade, realizará um fato punível. Mas, lembra Bruno, nesse caso não ocorre a exclusão do injusto, mas o que acontece é um erro de direito, excepcionalmente tomado como causa capaz de dirimir a culpabilidade do agente.²³

Nélson Hungria leciona que é a culpabilidade que fica excluída no caso de não ser a ordem manifestamente ilegal, porque o executor, por erro de direito, excepcionalmente relevante, supõe a legalidade da ordem.²⁴

Nessa mesma linha também para Jair Leonardo Lopes, a hipótese em estudo trata-se de um erro sobre a ilicitude do fato, já que o inferior hierárquico obedece a ordem porque esta se lhe apresenta como legal.²⁵

²³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, tomo 2º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 173-174.

²⁴ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 262.

²⁵ LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005, p. 160.

Na ótica de Salgado Martins a obediência hierárquica tem íntimas relações com o erro de fato e o erro de direito, que acredita são na realidade indissociáveis.²⁶

Para Moura Teles, a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade é uma espécie de erro de proibição²⁷. Também Damásio de Jesus entende que aquele que cumpre ordem não manifestamente ilegal não é culpável em face de incidir um relevante erro de proibição.²⁸

Para Cezar Bitencourt, “quando a ordem for ilegal, mas não manifestamente, o subordinado que a cumpre não agirá com culpabilidade, por ter *avaliado incorretamente* a ordem recebida, incorrendo numa espécie de *erro de proibição*”.²⁹

Nesse mesmo sentido é também a posição de Magalhães Noronha, para quem a estrita obediência abre a exceção para erro de proibição, porque enganando-se sobre a legalidade da ordem, tendo-a como lícita não o é, ou seja, erra quanto à sua admissibilidade jurídica³⁰. É o posicionamento também de Paulo de Souza Queiroz, para quem se trata de uma forma de erro de proibição, pois quem cumpre ordem hierárquica em tais condições supõe praticar, como regra, fato legalmente autorizado.³¹

Seguindo essa mesma linha Luís Augusto Brodt entende que o inferior hierárquico incide em modalidade de erro sobre a ilicitude que a lei penal quis regulamentar destacadamente.³²

Para Everardo da Cunha Luna, a obediência hierárquica é uma das formas de erro, assim, “sendo forma de erro, é erro de fato, e por ter relevância na esfera do direito, é, também, erro de direito”.³³

Em sentido contrário aos doutrinadores anteriores, figura a posição de Heleno Cláudio Fragoso e Cláudio Brandão. Para o primeiro

se a ordem não for manifestamente ilegal, exclui-se a culpa do executor por inexigibilidade de outra conduta. [...] Se o agente

²⁶ MARTINS, José Salgado. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 246.

²⁷ TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120, vol. I. São Paulo: Atlas, 2004, p. 305.

²⁸ JESUS, *op. cit.*, p. 436.

²⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 369.

³⁰ NORONHA, *op. cit.*, p. 162.

³¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 224-225.

³² BRODT, *op. cit.*, p. 311.

³³ LUNA, Everardo da Cunha. Obediência hierárquica. **Revista pernambucana de direito penal e criminologia**. n. 11/12. Jul-dez. 1956, Recife, p. 185.

supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também *erro de proibição* (erro sobre a ilicitude), que é erro de direito, que aqui se afirma ser excepcionalmente relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa, nos casos de obediência hierárquica, é a inexigibilidade, e não o erro, pois este pode não existir.³⁴

Para Cláudio Brandão, a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade deve ser entendida como inexigibilidade de outra conduta, visto que “se há um dever de obediência não há liberdade de opção, não se podendo, portanto, censurar o agente por ter elegido se comportar contrário ao Direito, quando poderia ter feito o oposto”.³⁵

Uma terceira solução para o tema da obediência hierárquica é proposta por J. F. Mirabete, que entende que se o agente pratica o fato incriminado, supondo obedecer a uma ordem legítima do superior, trata-se de um caso especial de erro de proibição. Mas, em não sendo manifestamente ilegal a ordem, “se o agente não tem condições de se opor a ela em decorrências das consequências que podem advir no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido, inexistirá a culpabilidade pela coação moral irresistível, estando a ameaça implícita na ordem ilegal. Em vez de erro de proibição, há inexigibilidade de conduta diversa”.³⁶

Guilherme de Souza Nucci também segue essa linha, afirmando que quando da existência de uma ordem não manifestamente ilegal, “essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição”.³⁷

4.1. O TEMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As normas de direito penal inscritas na Constituição regulam o sistema punitivo interno, dessa forma dando a exata medida do que o constituinte imaginou como justa retribuição.

A esta ideia pode-se acrescentar que quando se realiza uma análise conjunta entre o direito penal e a Constituição, tem-se como objetivo principal da carta fundamental é o de limitar o poder de repressão do Estado.

Preliminarmente, no tocante aos atos cometidos em cumprimento de uma ordem no direito constitucional brasileiro, é preciso lembrar que não

³⁴ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 218.

³⁵ BRANDÃO, **Teoria jurídica do crime**, pp. 179-180.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 200.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. São Paulo: RT, 2005, p. 263.

há menção expressa sobre o tema na Constituição de 1988, nem nas constituições anteriores.

A argumentação do cumprimento de ordens superiores, no entanto, aproxima-se do princípio constitucional da pessoalidade da pena.

Trata-se de princípio constitucional penal pacífico das nações civilizadas que a pena deve atingir somente o sentenciado. Praticamente inserido em todas as constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. No caso da Constituição Brasileira de 1988 o princípio vem consagrado no artigo 5º, XLV: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.³⁸

Por esse princípio depreende-se também que ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceiro, devendo-se verificar a responsabilidade penal a título de dolo ou culpa.³⁹

A aplicação desse princípio também traz consigo a de outro princípio constitucional penal que é o da individualização da pena. Por esse, obriga-se o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução, conforme se depreende do artigo 5º, XLVI, da atual Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Um outro princípio constitucional atingido pela obediência hierárquica é o da liberdade, um dos mais importantes no sistema democrático, e que está diretamente ligado às garantias fundamentais do indivíduo. Esta liberdade manifesta-se pela adoção ao princípio da legalidade geral, que coloca que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.⁴⁰

A questão da obediência hierárquica também é tratada de modo indireto na Constituição, quando estipula o comportamento das Forças Armadas, como prescreve o seguinte artigo:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército, pela Aeronáutica, são instituições nacionais perma-

³⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 36.

³⁹ QUEIROZ, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 277-278.

nentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Como se vê, a disciplina constitui a essência das Forças Armadas, por isso a preocupação do constituinte em inserir de modo expresso tal disposição sobre a hierarquia e a disciplina como seu regramento.

4.2. O TEMA NO CÓDIGO PENAL

O tema da obediência a ordens superiores é tratado no Código Penal no art. 22, 2ª parte:

Art. 22. Se o fato é cometido [...] em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor [...] da ordem.

Como bem diz Cirino dos Santos, a área de incidência dessa situação de exclusão da culpabilidade “é a *relação de subordinação* de direito público, com competências ativas definidas no *poder de ordenar* do superior hierárquico e competências passivas expressas no *dever de obedecer* do subordinado”, é uma manifestação de vontade que poderá ser expressa de diferentes modos para a realização de determinadas tarefas de interesse público.⁴¹

Tratando-se da obediência à ordem superior hierárquico, é preciso distinguir duas hipóteses: a primeira, a obediência à ordem legítima; a segunda, a obediência à ordem ilegítima. Para Assis Toledo, na primeira há uma causa de exclusão da ilicitude; na segunda, hipótese do artigo 22, trata-se de exclusão da culpabilidade.⁴²

De acordo com a leitura do art. 22 fica isento de pena o inferior hierárquico quando obedece a ordem manifestamente ilegal, sendo punível somente o autor da ordem⁴³. No caso de atuar o subordinado sob ordem de

⁴¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 258.

⁴² TOLEDO, *op. cit.*, p. 342.

⁴³ Nesse sentido: TJES - “Se a ordem de superior hierárquico é manifestamente ilegal, cabe ao subordinado não cumpri-la e, se a cumpre e daí resulta um fato punível, tem de responder por ele, em co-autoria com o superior de quem emanou a ordem” (RT 386/319). TARS - “Sendo manifestamente ilegal a ordem, é inaceitável a excludente do estrito cumprimento do dever legal” (RT 579/393).

caráter manifestamente ilegal, terá esse a mesma responsabilidade criminal do superior, podendo beneficiar-se de uma circunstância atenuante, prevista no artigo 65, III, c, do Código Penal.

Frise-se, que a obediência a ordens superiores – resultado de uma relação de direito público – só isenta de pena o executor, se essa não for *manifestamente* ilegal.

Mas, o que é uma ordem *manifestamente* ilegal? Em primeiro lugar pode-se dizer que é a ordem cuja ilegalidade é evidente, ou seja, compreendida como tal sem um maior esforço de reflexão. São manifestamente ilegais as ordens que violam os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, como é o caso, por exemplo, do artigo 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Para Aníbal Bruno é manifestamente ilegal uma ordem que “emana de autoridade não competente para dá-la, ou aquela cujo cumprimento não esteja dentro das atribuições do subordinado, ou que não venha revestida de forma legal, ou cujo conteúdo constitua evidentemente um fato punível”. Considerando, ainda Bruno, as circunstâncias concretas do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado.⁴⁴

4.3. O TEMA NO CÓDIGO PENAL MILITAR

É importante salientar que a hierarquia tem especial importância na esfera da disciplina militar. Pode-se mesmo dizer que a obediência hierárquica é o princípio maior da vida orgânica e funcional das forças armadas, ou seja, a obediência hierárquica é fundamento das instituições militares. Por isso, o problema assume aspectos peculiares nas organizações militares.

O Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969) é uma legislação especial que, orientada pelos princípios gerais do direito penal brasileiro, atende as necessidades de organização e manutenção das instituições militares, definindo os crimes militares em tempos de paz e de guerra. Como complemento deste, também existe o Código de Processo Penal Militar que estabelece as normas processuais que devem ser observadas no julgamento dos crimes militares.

No Código Penal Militar (CPM) o tema da obediência hierárquica é tratado no art. 38, tendo dispositivo bastante semelhante ao do art. 22 do Código Penal, *in verbis*:

⁴⁴ BRUNO, *op. cit.*, pp. 174-175.

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

[...]

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

1º. responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

2º. se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior.

A causa de exclusão da culpabilidade do artigo 38, *b*, do CPM, assume diferente configuração: no caso do inferior, este é isento de pena, quando o fato por ele cometido, o foi em estrita obediência à ordem de superior hierárquico, em matéria de serviço e não sendo manifestamente ilegal.

Lembre-se ainda que, de acordo com o artigo 40 do Código Penal: “Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material”.

Para Salgado Martins, a obediência hierárquica na esfera militar é mais rígida, em se tratando de ordem emanada do superior ao inferior. Este deve indeclinavelmente obedecê-la, salvo se a conduta ordenada for manifestamente criminosa ou importar em violação do dever militar.⁴⁵

Analisando os dois dispositivos da legislação brasileira, a lei penal comum (art. 22 do CP) e a lei penal militar (art. 38 do CPM), vê-se que ambos tratam de algo “manifestamente” ilegal. A comprovação desse ato “manifestamente” (ilegal, criminoso) verifica-se na análise do executor e se limita a análise da legalidade, dentro de parâmetros de inexigibilidade de outra conduta, que se evidencia no exame de culpabilidade por um juízo valorativo.

5. A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Nesse tópico examina-se o tema da obediência hierárquica na perspectiva do direito internacional penal, mormente a partir do seu desenvolvimento pelos tribunais internacionais penais, mas também através de diferentes convenções internacionais.

Na caracterização do egípcio Cherif Bassiouni o direito internacional

⁴⁵ MARTINS, *op. cit.*, p. 247.

penal “é fruto da convergência de duas disciplinas jurídicas distintas, de origem e desenvolvimento separados, complementares, mas coextensivas e diferenciadas: os aspectos penais do direito internacional e os aspectos internacionais do direito penal”.⁴⁶ Ou seja, para uma correta análise é preciso recorrer a uma dupla perspectiva: do direito penal e do direito internacional. O estudo não deve e não pode ser realizado somente em uma dessas óticas, mas de ambas simultaneamente.

Um primeiro caso de histórico que a doutrina registra como de um verdadeiro juízo internacional penal é de 1474 quando foi submetido a julgamento Peter von Hagenbach, governador de Breisach, que havia sido nomeado para o cargo pelo duque Charles de Borgonha. Com a derrota do duque da Borgonha por uma coalizão formada pela França, pela Áustria e por forças do Alto Reno.

Peter von Hagenbach foi preso e acusado de ter cometido diversos crimes como de assassinato, violações e pilhagem. Constituiu-se um tribunal composto por vinte e oito juízes representantes de cada uma das cidades aliadas ao Arquiduque da Áustria na Alsácia, no Reno Superior e Suíça e presidido por um juiz designado pelo próprio Arquiduque. Peter von Hagenbach alegou que cumpria ordens superiores do duque da Borgonha.

O tribunal não aceitou o argumento de defesa e condenou o acusado a morte, sendo considerado esta a primeira condenação criminal emitida por um órgão colegiado na história.⁴⁷

Mais tarde, em 1660, o comandante da guarda responsável da execução de Carlos I, o coronel Axtell, foi julgado por traição e homicídio. Na ocasião, Axtell invocou como defesa a obediência a ordem de um superior, mas os juízes rejeitaram o argumento de defesa decidindo que quem obedeceu uma ordem que conduzia a uma traição deveria ser considerado também como um traidor.

Segundo Kittichaisaree, no início dos anos 1900 foi estabelecido que se um soldado “honestamente acredita” que está cumprindo seu dever ao obedecer ordens e que estas ordens “não são manifestamente ilegais” que

⁴⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Características generales del derecho penal internacional convencional. In: BERISTAIN, Antonio (ed.). **Reformas penales en el mundo de hoy**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p.157.

⁴⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

ele deve saber que eram contrárias ao direito, o soldado poderia invocar o acatamento dessa ordem superior em sua defesa. A regra posteriormente foi aprimorada no caso *The Llandovery Castle* examinado pela Suprema Corte Alemã de Leipzig, logo após a primeira guerra mundial, quando um acusado foi indiciado por haver torpedeado um barco hospital inglês e disparado contra botes salva-vidas com sobreviventes a bordo. Fixou-se que o fato de ter atirado contra o barco e os botes salva-vidas constituía uma ofensa contra o direito das nações que o acusado deveria ter conhecimento, portanto, não deveria ter obedecido tais ordens. No entanto, o Tribunal levou em consideração a defesa apresentada pelos acusados como circunstância atenuante, já que ambos foram condenados a apenas quatro anos de prisão.⁴⁸

Outro caso conhecido é *The Dover Castel*, julgado pela Suprema Corte Alemã em 1921. Na oportunidade, ficou comprovado por meio de memorandos, que o governo alemão havia ordenado o afundamento de todos os navios-hospital, porque havia indícios de que tais embarcações levavam militares e, conseqüentemente, podiam constituir alvos militares. A argumentação de ordens superiores foi aceita pela Corte e considerou ser esta defesa aceitável, durante todo o tempo. Não obstante, ela estabeleceu dois limites: quando o subordinado ultrapassa o que lhe foi ordenado ou quando o subordinado sabe que a ordem é contrária ao direito. E aqui encontra-se o inconveniente de aceitar a defesa de obediência hierárquica, já que as ordens vieram do próprio governo, a Corte considerou procedente crer que os subordinados haviam considerado a ordem como legítima.⁴⁹

A posição do internacionalista Lassa Oppenheim é bastante interessante sobre o tema, já que sua visão sobre o assunto mudou radicalmente ao longo dos anos. Na primeira edição do seu *Treatise*, publicado em 1906, Oppenheim escreveu que “se membros das forças armadas cometeram violações sob ordens de seu governo, eles não são criminosos de guerra e não podem ser punidos pelo inimigo...”. No entanto, posteriormente, Oppenheim afirmou que:

O fato de que uma regra de guerra justa (*warfare*) tenha sido violada na procura de cumprir uma ordem do governo beligerante

⁴⁸ KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 266.

⁴⁹ DUFOUR, Geneviève. ¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 840, 31 dez. 2000, p. 970.

ou do comandante beligerante não exclui do ato em questão a sua característica de crime de guerra; tampouco, em princípio, confere imunidade de punição ao perpetrador da violação.⁵⁰

5.1. OS TRIBUNAIS DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: NUREMBERG E TÓQUIO

O julgamento em Nuremberg das principais figuras nazistas capturadas no final da Segunda Guerra Mundial tornou-se um marco fundamental no direito internacional penal. A ideia dos julgamentos aparentemente foi sugerida pela primeira vez pelo ministro do Exterior soviético Vyacheslav Molotov, já em 14 de outubro de 1942. Mas, devido aos diferentes desejos quanto ao destino dos criminosos de guerra dos principais líderes aliados Winston Churchill, Josef Stalin e Franklin Roosevelt somente muito próximo do final da guerra sua concretização foi viabilizada. Veja-se, por exemplo, a Declaração de Moscou de 1º de novembro de 1943, que deixou no ar o que precisamente deveria acontecer com os altos elementos nazistas e não disse se seriam julgados ou sumariamente executados⁵¹. Posteriormente, a ideia de submeter à justiça os criminosos nazistas foi consolidada nas conferências de Yalta e Potsdam em 1945, quando as três potências vencedoras chegaram a um acordo.

Criado oficialmente pelo Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, celebrado entre Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁵², tinha por missão processar

⁵⁰ OPPENHEIM, Lassa. **International law**: a treatise, vol. II. 7. ed. London: Longmans, Green, 1952, p. 568. Segundo alguns comentadores essa mudança já podia constatar-se na sexta edição da obra de 1940.

⁵¹ GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 8-9.

⁵² A cidade havia sido quase destruída durante a guerra, mas ainda dispunha de instalações onde os julgamentos poderiam ser realizados. A sede do tribunal foi escolhida, por ter se tornado um símbolo nazista, devido ao fato ocorrido em setembro de 1935, quando, após uma grande jornada do Partido Nazista em Nuremberg, terem sido proclamadas as leis racistas. Além disso, Nuremberg havia abrigado os encontros anuais do Partido Nazista, quando centenas de milhares de pessoas enchiam a cidade. Em 1938, ocorreu a Noite dos Cristais (*Kristallnacht*), em que 75 lojas judaicas foram quebradas, todas as sinagogas foram incendiadas e 20 mil judeus foram levados para o campo de concentração. Nesse sentido, a realização dos julgamentos em Nuremberg tinha um elevado valor político e simbólico.

e punir os maiores criminosos de guerra das potências europeias do Eixo. O Estatuto criado por esse acordo estabelecia os crimes submetidos à jurisdição do tribunal: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Sobre a obediência hierárquica, o tema está presente Estatuto:

Art. 8º. O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

Comentando este artigo, o penalista Jiménez de Asúa observa que

aunque en cierta medida la disposición del art. 8º de esa ley internacional resulta arbitraria, no lo es tanto si se piensa que en el derecho *interno del Tercer Reich* existía una norma análoga. El artículo 47, Nº 2º del Código penal militar alemán, de 10 de octubre de 1940, es el precepto a que aludimos. Y conste que esta ley castrense está firmada por Goering, Keitel y Lammers. El recordado inciso del art. 47 dice que el *inferior* es punible *si sabía* que la orden del superior se refería a una acción que representa un *delito común o un crimen militar*.⁵³

Quanto à responsabilidade do superior, esta em princípio é possível porque a posição de oficial hierárquico não prevê exoneração ou atenuação, de acordo com o art. 7º do Estatuto: “A situação dos acusados, seja como chefes de Estado, seja como altos funcionários, não será considerada como uma desculpa absoluta nem como um motivo de diminuição da pena”. Esse artigo surgiu da necessidade de rejeitar o argumento da defesa no sentido de eximir de responsabilidade penal os acusados, com base na teoria do “ato de Estado”.

O seguinte instrumento adotado pelos aliados foi a Lei do Conselho do Controle n. 10, de 20 de dezembro de 1945, que no seu artigo 4 (II)(b) também excluía a “atuação em cumprimento de ordens” como causa de excludente de culpabilidade.

⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 1027.

O outro tribunal do pós-Segunda Guerra Mundial foi o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, mais conhecido como Tribunal de Tóquio, que julgou os criminosos de guerra japoneses.

Suas origens encontram-se na Conferência do Cairo, de dezembro de 1943, quando chineses, britânicos e norte-americanos divulgaram uma declaração manifestando o desejo de pôr um fim à guerra e punir a agressão japonesa. A ideia foi referendada em Potsdam, em julho de 1945. Em 2 de setembro desse ano, no ato de rendição dos japoneses foram estipuladas as questões relativas à detenção e ao tratamento impostos aos criminosos de guerra. Por fim, em 3 de maio de 1946, foram iniciados os trabalhos do Tribunal de Tóquio, que julgou apenas 28 japoneses considerados criminosos de guerra da classe A⁵⁴.

Também no Tribunal de Tóquio continha uma disposição semelhante

Art. 6º. Nem a posição oficial de um acusado, em nenhum momento, nem o fato de que um acusado agiu de acordo com as ordens de seu Governo ou de um superior bastará, por si só, para afastar a responsabilidade desse acusado em qualquer crime pelo qual é responsabilizado, mas essas circunstâncias podem ser consideradas como atenuantes no veredicto, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

De acordo com este artigo depreende-se que o fato de ter agido por ordem de um superior não pode em nenhum caso inocentar um acusado de suas responsabilidades, no máximo poderá atenuar a pena.

Como se vê, esse artigo é praticamente uma reunião dos dois citados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, ou seja, também não considerando a obediência hierárquica como causa de exclusão da punibilidade, mas abrindo a possibilidade de usar o argumento com causa de atenuação da pena.

Como assinala Kai Ambos, se a justificativa de “atuação em cumprimento de ordens” fosse aceito, levaria a uma situação absurda em que Hitler fosse considerado o único responsável por todos os crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial.⁵⁵

⁵⁴ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia. Barueri: Manole: 2004, pp. 27-28.

⁵⁵ AMBOS, Kai. **Impunidad y derecho penal internacional**. 2. ed. rev. atual. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 241.

5.2. A COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Os resultados do Tribunal de Nuremberg foram considerados positivos pela Assembleia Geral das Nações Unidas quando esta adotou em 11 de dezembro de 1946 a Resolução 95 (I), confirmando o considerável valor dos princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

A pedido da Assembleia Geral em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU elaborou a codificação dos princípios de direito internacional penal reconhecidos pelo Estatuto e pelos julgamentos de Nuremberg. Entre os sete grandes princípios enunciados, a posição da obediência hierárquica mereceu atenção no Princípio IV: “O fato de uma pessoa ter atuado sob a obediência de ordem de seu Governo ou de um superior não o exime de responsabilidade perante o direito internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse de fato possível”.

Também as convenções internacionais sobre direitos humanos tratam da questão da obediência hierárquica. É o caso da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 47/133, de 18 de dezembro de 1992, que em seu art. 6º (1) trata do tema: “Nenhuma ordem ou instrução de uma autoridade pública, seja esta civil, militar ou de outra índole, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tal ordem ou instrução tem o direito e o dever de não obedecê-la”. Depreende-se, então, a obediência a ordens superiores não funciona como causa de exclusão da punibilidade. Mas, não regula o tema como causa de atenuação punitiva e tampouco trata da responsabilidade do superior.

Outro instrumento internacional que trata do tema é a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 39/46, de 10 de dezembro de 1984. O artigo 2º (3), diz que “uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura”.

No mesmo sentido do tratado internacional anteriormente visto, preocupa-se somente em não considerar a obediência a ordens superiores

como causa de exclusão da punibilidade, mas não tratando de sua eventual atenuação e nem das responsabilidades superior.

No sistema regional interamericano o assunto é abordado na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assinada em Cartagena das Índias, em 9 de dezembro de 1985, no artigo 4º dispõe que “o fato de haver agido por ordens superiores não eximirá a responsabilidade penal correspondente”, ou seja, não considera a obediência hierárquica como causa de exclusão da punibilidade, não tratando como uma eventual causa de atenuação punitiva. E no artigo 3º trata da responsabilidade do superior: “serão responsáveis pelo delito de tortura: a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, comentam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam”.

Já a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, que em seu artigo VIII dispõem que: “Não se admitirá como causa dirimente a obediência devida a ordens ou instruções superiores que disponham, autorizem ou incentivem o desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tais ordens tem o direito e o dever de não obedecê-las”. Nessa convenção preocupa-se em não caracterizar a obediência a ordens superiores com causa de exclusão de punibilidade, mas olvidando do tema como causa de atenuação punitiva e da responsabilidade do superior.

Estranhamente, não há na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) disposição similar. Especialmente porque, como lembra Carlos Canêdo, trata-se de crime levado mediante operações revestidas de grande complexidade, usualmente contando com a participação de diversos escalões burocráticos e hierárquicos, nos quais muitos dos envolvidos ocupam funções definidas e limitadas⁵⁶.

A omissão ao tema da obediência hierárquica constata-se ainda nas Convenções de Genebra de 1949, bem como nos Protocolos Adicionais de 1977. Para Kai Ambos essa supressão aconteceu porque os Estados-partes dessas convenções de direito internacional humanitário não queriam comprometer-se com a questão, demonstrando que uma parte

⁵⁶ CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 200.

da regulamentação proposta em Nuremberg, nessa época ainda gerava dúvidas.⁵⁷

5.3. OS TRIBUNAIS AD HOC PARA A EX-IUGOSLÁVIA E PARA RUANDA

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY)⁵⁸, foi criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, de 25 de maio de 1993, com fulcro no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, com o objetivo de processar e julgar os responsáveis por quatro categorias de crimes: infrações graves às Convenções de Genebra de 1949, violações das leis e costumes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, cometidos no território da antiga Iugoslávia, a partir de 1991.

Todavia, somente em 1996, o ICTY iniciou de fato seu funcionamento. Com sede em Haia, na Holanda, é o primeiro tribunal internacional para julgar crimes de guerra desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Interessante observar que ao ICTY cabe exclusivamente o julgamento das pessoas físicas envolvidas, excluídas organizações, partidos políticos, entidades administrativas ou outros sujeitos jurídicos. Convém lembrar também que o ICTY e as cortes nacionais têm jurisdição concorrente sobre as sérias violações ao direito internacional humanitário, todavia, o ICTY pode afirmar primazia sobre as cortes nacionais, assumindo qualquer investigação e outros procedimentos em qualquer momento, desde que seja demonstrado o interesse pela justiça penal internacional.

O tratamento da questão da obediência hierárquica no Estatuto do ICTY, encontra-se no artigo 7º (4) dedicado ao tema da responsabilidade penal individual

O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como um

⁵⁷ AMBOS, *op. cit.*, p. 248

⁵⁸ Em razão do uso generalizado das siglas em inglês optou-se por utilizá-las também nesse artigo. Assim, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, será abreviado por ICTY (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*) enquanto o Tribunal Penal Internacional para Ruanda será abreviado por ICTR (*International Criminal Tribunal for Rwanda*). Já o Tribunal Penal Internacional será abreviado pelas iniciais em português.

motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional assim considerar de acordo com a justiça.

Uma importante jurisprudência internacional do ICTY – confirmando a posição adotada em Nuremberg e na Comissão de Direito Internacional – sobre esse tema é o caso *Erdemovic*, julgado pela Câmara de Apelação (Promotor Público v. Drazen Erdemovic, Apelação da Sentença, caso n. IT-96-22-A, Câmara de Apelação, 1997).

Nesta decisão, ficou entendido que o fato de o acusado agir em obediência a ordens superiores não constitui uma defesa por si própria, mas é um elemento que pode ser levado em consideração com outras circunstâncias, como a presença de coação ou de um estado de necessidade para apoiar uma defesa de ordens superiores. Para Geneviève Dufour, no caso dessa decisão, conclui-se que a defesa com base no cumprimento de ordens superiores não existe simplesmente como defesa, mas serve para apoiar uma outra defesa como a de coação.⁵⁹

Com o precedente criado pelo Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas não podia se esquivar de contemplar tratamento análogo para o genocídio em Ruanda. Pela Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança, novamente invocando o Capítulo VII decidiu criar um Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR), que teria o propósito de perseguir as pessoas responsáveis de genocídio da etnia tutsi e de outras sérias violações ao direito internacional humanitário, adotando ainda um Estatuto semelhante ao do Tribunal para a ex-Iugoslávia.

O ICTR tem competência para julgar os crimes cometidos no ano de 1994 unicamente, ainda que a competência territorial se estendam aos crimes cometidos também nos Estados vizinhos (art. 1º). Tal como acontece com o ICTY, o Estatuto do Tribunal de Arusha tem jurisdição concorrente, mas com primazia sobre os tribunais domésticos (art. 8º). É digno de nota também que o ICTR foi o primeiro tribunal da história a condenar um indivíduo por um ato de genocídio que foi Jean-Paul Akayesu.

A obediência a ordens superiores também foi tratado no Estatuto do ICTR, no art. 6º (4)

⁵⁹ DUFOUR, *op. cit.*, p. 971.

O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional para Ruanda assim considerar de acordo com a justiça.

Desta forma, ambos os estatutos dos tribunais *ad hoc* tratam da questão de maneira praticamente idêntica e seguindo a orientação da Carta de Nuremberg.

Aparentemente, Kai Ambos credita a inserção dessa excludente nos Estatutos do ICTY e do ICTR a crueldade da guerra na Iugoslávia e em Ruanda, desejando o Conselho de Segurança das Nações Unidas excluir qualquer possibilidade de invocação ao cumprimento de ordens superiores com excludente da culpabilidade.⁶⁰

5.4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Apesar da possibilidade de criação de uma corte penal internacional, presente no artigo VI da Convenção do Genocídio (1948), foi a partir dos dois tribunais criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas que o estabelecimento de um tribunal em caráter permanente ganhou inegável impulso.

Antes disso, todavia, em 1989, já nos anos derradeiros da Guerra Fria, Trinidad e Tobago propôs a retomada dos trabalhos de redação dos estatutos do tribunal. Em 4 de dezembro desse mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas pede à Comissão de Direito Internacional que volte a trabalhar no assunto.⁶¹

Durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), há uma breve menção no parágrafo 92 do Programa de Ação de Viena – até hoje o documento mais abrangente sobre direitos humanos no âmbito das Nações Unidas – a um Tribunal Penal Internacional.

Por fim, até chegar-se à Conferência Diplomática reunida em Roma, no início do mês de junho de 1998, quando finalmente foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, com a aprovação de cento e vinte Estados, com sete votos contrários e vinte e uma abstenções.

⁶⁰ AMBOS, *op. cit.*, p. 248.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 446.

O Estatuto entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, quando alcançou o número mínimo exigido de depósitos de instrumentos de ratificação, conforme preceitua o art. 126 do Estatuto. O Brasil assinou o tratado em fevereiro de 2000, depositando o termo de ratificação em junho de 2002. Foi promulgado no plano interno pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

O Estatuto de Roma dedica o capítulo terceiro aos princípios de Direito Penal e entre estes dedica o artigo 33 a “decisões hierárquicas e disposições legais”:

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:
 - a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;
 - b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e
 - c) a decisão não fosse manifestamente ilegal.
2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

O art. 33 permite esta defesa dentro de três condições: o acusado deve estar sob condições legais de obedecer a ordem; o acusado deve desconhecer que a ordem é ilegal; a ordem deve ser manifestamente ilegal. Com respeito ao erro de direito, o acusado pode alegar ignorância quanto à ilegalidade da ordem, mas não ignorância da manifesta ilegalidade da ordem. Por óbvio que os requisitos são acumulativos e não disjuntivos.

Lembra Kai Ambos que essa previsão foi uma das mais controvertidas. A delegação dos Estados Unidos assistida pelo professor Theodor Meron, procurou convencer as outras delegações em uma reunião informal de que a ordem superior tinha que ser acolhida como uma defesa própria no direito internacional. Esta posição se fundamentava em uma atual doutrina militar nos Estados Unidos, e numa declaração de Meron que situou Nuremberg em seu contexto histórico. A posição norte-americana foi especialmente criticada pelo Reino Unido, Nova Zelândia e Alemanha, que argumentaram que ordens superiores *per se*, não poderiam ser considerados como defesa, mas um subordinado, num determinado caso, poderia invocar

outros argumentos defensivos, como coação (*duress*) e erro de fato ou erro de direito. Portanto, acrescenta Ambos, a previsão adotada nesse artigo 33, é uma fórmula de compromisso entre estas duas posições. Afirma que o princípio da obediência hierárquica não é um argumento de defesa, embora possa ser invocado excepcionalmente nos casos de crimes de guerra em estritas e limitadas condições. A previsão segue o “princípio da ilegalidade manifesta”, enquanto as tendências no direito internacional adotam o “princípio *mens rea*”, rejeitando ordens superiores como argumento defensivo *per se*. Enquanto doutrinas mais antigas estão atualmente rejeitadas de plano, todavia existe uma interessante controvérsia entre os dois princípios.⁶²

Ainda sobre esse artigo 33 do Estatuto do TPI, duas posições doutrinárias antagônicas merecem destaque.

A primeira de Geneviève Dufour entende que o enunciado nessa disposição é confuso, impreciso e poderia levar a resultados indesejados. Veja-se, por exemplo, o parágrafo segundo, que certamente é um complemento importante para a primeira parte do artigo, mas que poderia representar problemas na sua aplicação. Dufour lembra que dificilmente uma pessoa recebe uma ordem específica para cometer um genocídio. No entanto, na hipótese de um genocídio, um acusado que, depois de receber ordem para manter trancadas um grupo de pessoas em determinado local para que outra prenda fogo, poderá, em princípio, alegar em sua defesa o cumprimento de ordens superiores, ainda que tenha participação nesse crime.⁶³

Outros julgam que o artigo 33 é suficientemente claro ao declarar inadmissível a defesa a obediência hierárquica e que cabe ao acusado demonstrar que no seu caso estava coberto por essa exceção, especialmente se a determinação não era manifestamente ilegal. É a opinião de Charles Garraway, membro da delegação britânica na Conferência de Roma, para quem a solução concebida neste artigo é suficientemente restritiva para permitir que ao juiz remova todas as dificuldades no sentido de buscar uma solução justa e equitativa.⁶⁴

⁶² AMBOS, Kai. **La nueva justicia penal internacional**. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000, p. 160-161.

⁶³ DUFOUR, *op. cit.*, p. 989.

⁶⁴ GARRAWAY, Charles. Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impar-tida o justicia denegada. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 836, 31 dez. 1999, p. 785.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, percebe-se que o estrito cumprimento de ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, tem tratamento distinto seja no direito penal brasileiro, seja no direito internacional penal.

No Brasil a obediência hierárquica afasta a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, na melhor doutrina. Enquanto que no direito internacional, a partir de Nuremberg, esse tipo de defesa não é aceita, servindo no máximo como causa de atenuação da pena.

A importância fundamental do Estatuto do Tribunal de Nuremberg é comprovada pelo fato de os estatutos dos tribunais internacionais subsequentes terem seguido nessa matéria as linhas descritas no julgamento dos nazistas.

Os desenvolvimentos mais recentes que culminaram com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional consolidaram o direito internacional penal como o sistema de direito penal da sociedade internacional, trazendo também um importante debate em torno da questão da obediência a ordens superiores.

Como visto, ao longo da história recente, vários doutrinadores nacionais e estrangeiros debruçaram-se sobre a temática e ajudaram a definir as condições de admissibilidade da defesa de ordens superiores, tanto no direito penal internacional quanto no direito internacional. Debate que ganhou cores vivas atualmente com o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Impunidad y derecho penal internacional**. 2. ed. rev. atual. Buenos Aires: Ad hoc, 1999.

_____. **La nueva justicia penal internacional**. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. Características generales del derecho penal internacional convencional. In: BERISTAIN, Antonio (ed.). **Reformas penales en el mundo de hoy**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Barueri: Manole: 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro, Forense: 2005.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal**. Porto Alegre: Safe, 2005.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**, tomo 2º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEL ROSAL, Manuel Cobo; ANTÓN, Tomás Vives. **Derecho Penal: parte general**. 5. ed. aum. atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DINSTEIN, Yoram. **Guerra, agressão e legítima defesa**. 3. ed. Barueri: Manole, 2004.

DUFOUR, Geneviève. ¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 840, 31 dez. 2000, pp. 969-992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GARRAWAY, Charles. Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 836, 31 dez. 1999, pp. 785-793.

GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian: 2004.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Safe, 1991.

LUNA, Everardo. Obediência hierárquica. **Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia**. n. 11/12, jul-dez. 1956. Recife, pp. 185-194.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949.

MARTINS, José Salgado. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [1949?].

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**, vol. 1: introdução e parte geral. 38. ed. rev. atual. por Adalberto José Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. São Paulo: RT, 2005.

OPPENHEIM, Lassa. **International law**: a treatise, vol. II. 7. ed. London: Longmans, Green, 1952.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, tomo II. Buenos Aires: TEA, 1973.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120, vol. I. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS

Bruno César Bandeira Apolinário

Juiz Federal Substituto da 19ª Vara de Pernambuco

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar questões constitucionais atinentes à implantação na ordem jurídica brasileira do sistema de monitoramento eletrônico de presos, especialmente no tocante à compatibilidade da medida com o direito à privacidade e ao tratamento digno, bem como à vedação de penas cruéis e degradantes. Para tanto é apresentado o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema; são analisadas as experiências dos países que já adotaram a medida, além de examinados os benefícios de tal programa, sendo, por fim, enfrentado o tema central da constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Projeto. 3. A experiência de outros países e a ponderação dos benefícios do sistema no Brasil. 4. Questões controvertidas. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Senado Federal deverá apreciar nos próximos meses o substitutivo oferecido pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 175/2007, que trata do monitoramento eletrônico de presos e de acusados em processos criminais. O projeto, originário do Senado, propõe a adoção no sistema processual penal brasileiro do rastreamento eletrônico como medida alternativa à prisão, nas hipóteses de condenações ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto ou semi-aberto, dando ensejo,

por outro lado, ainda que não o diga expressamente, a que a medida seja também estendida aos casos em que se fizer necessário, ainda no curso do inquérito ou do processo criminal, garantir a aplicação da lei penal ou a realização da instrução criminal.

Como se sabe, atualmente, o encarceramento tem sido largamente utilizado nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, como ferramenta imprescindível ao asseguramento da eficácia da lei penal e da utilidade do processo. Assim é que, em diversas situações, em que pese a reduzida ou nenhuma periculosidade do investigado ou do acusado, estando presentes os requisitos da prisão preventiva, tem-se decretado o encarceramento, correndo-se o risco, com isso, de expor o segregado a sérias ameaças à sua integridade física, a depender das instalações carcerárias a que for destinado, e ao contato sempre nefasto com criminosos de larga experiência, o que pode representar, inclusive, uma oportunidade para que aquele delinquente iniciante apreenda, pelo convívio com os infratores habituais, características que recrudesçam sua tendência à prática criminosa.

Além disso, como também é de conhecimento geral, nas execuções de penas em regime aberto, normalmente os condenados são agraciados com a prisão domiciliar, exatamente pela inexistência das casas de albergado, que, salvo raras exceções, constituem verdadeiro mito nos sistema carcerário nacional. As prisões domiciliares, por sua vez, acabam por configurar uma premiação aos condenados, tendo em conta que o Poder Judiciário, com seus escassos recursos materiais e humanos, não consegue realizar uma fiscalização adequada e eficaz do cumprimento das condições impostas para a fruição do benefício.

Nesse panorama, a proposta do Congresso Nacional revela-se uma inovação alentadora tanto para a Justiça, que terá aí um mecanismo importante na fiscalização do cumprimento das penas, como também para o próprio Estado e para os encarcerados, em face do desafogamento dos estabelecimentos prisionais.

Mas ao mesmo tempo em que se acena com argumentos favoráveis à adoção do rastreamento eletrônico, surgem também questionamentos acerca de sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. As ressalvas estão relacionadas, sobretudo, com a garantia dos presos e acusados em geral ao recebimento de tratamento compatível com a

dignidade da pessoa humana. Por outro lado, questiona-se a adequação da medida às garantias fundamentais relacionadas com a privacidade e a intimidade.

O objetivo deste trabalho é precisamente enfrentar estas questões que se colocam como eventuais óbices à adoção do sistema de monitoramento eletrônico no Brasil, examinando a compatibilidade da medida com os ditames de nossa Carta Magna. Para tanto, serão apresentados o projeto e os objetivos visados pelos legisladores, assim como as experiências de outros países em que a medida já está em vigor, passando-se, ao fim, à análise propriamente das questões constitucionais controvertidas, apresentado-se, em seguida, uma proposta de solução.

2. O PROJETO

O Projeto de Lei nº 175 teve origem no Senado Federal, no ano de 2007. O autor, Senador Magno Malta, justificou a iniciativa salientando que a prisão deixou de ser um controle perfeito para se tornar um inconveniente ao Estado, diante da impossibilidade de se manter aprisionadas inúmeras pessoas condenadas em um espaço limitado.

Registrando que países como Estados Unidos, França e Portugal já utilizam o monitoramento de condenados, ressalta como argumentos favoráveis ao sistema a melhoria na inserção dos condenados, evitando-se a ruptura dos laços familiares e a perda de eventual emprego, a redução da superpopulação carcerária e a economia de recursos. No que tange a este último aspecto, o autor ressalta que o custo de uma pulseira eletrônica seria de 22 euros por dia, contra os 63 euros gastos com cada dia de detenção.

Após advertir sobre a necessidade de criação de sistemas que não tenham os inconvenientes do cárcere, tais como a impossibilidade de expansão rápida e custo elevado, conclui o autor:

“O controle monitorado de presos, já aceito socialmente em alguns países, pode substituir eficientemente a prisão. A pulseira ou chip, dizem os seus defensores, não afetaria a integridade física do preso e permitiria o seu convívio social. É considerado um avanço tecnológico de controle penal. Seria um controle estabelecido, através de satélite, sem limites, presente no corpo do indivíduo onde quer que ele fosse.”

Dessa forma, conclamamos os ilustres pares à aprovação deste projeto, que, se aprovado, permitirá a redução de custos financeiros para com os estabelecimentos penitenciários, a diminuição da lotação das prisões e a maior celeridade na ressocialização do apenado.”

Após tramitação regular pelo Senado e, também, depois de receber aprimoramentos, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, com a seguinte redação:

“Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado nos casos em que especifica.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O § 1º do art. 36 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 36.’

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada.

.....’ (NR)

Art. 2º Os arts. 66, 115, 122 e 132 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 66.’

.....’

V -

.....’

i) a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado, quando julgar necessário;

.....’ (NR)

‘Art. 115. O juiz poderá estabelecer condições especiais para concessão de regime aberto, entre as quais o rastreamento eletrônico do condenado, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

.....’ (NR)

‘Art. 122.’

.....’

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado quando assim determinar o juiz da execução.’ (NR)

‘Art. 132.

*§ 2º
.....*

d) utilizar equipamento de rastreamento eletrônico.’ (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Já na segunda casa legislativa, onde passou a tramitar sob o nº 1288/2007, apresentou-se substitutivo ao projeto original, afinal aprovado pelo plenário da Câmara e remetido ao Senado, em 2008, para apreciação. O substitutivo proposto pela Câmara tem a seguinte redação:

“Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O § 1º do art. 36 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 36.

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

.....’ (NR)

Art. 2º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 66.

*V -
.....*

i) a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado, quando julgar necessário;

.....’ (NR)

‘Art. 124.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, dentre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

- I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;
- II – recolhimento à residência visitada, no período noturno;
- III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para cumprimento das atividades discentes.

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra.”(NR)

‘TÍTULO V

Seção VI

Da Monitoração Eletrônica

‘Art. 146-A. O juiz pode determinar a vigilância indireta para a fiscalização das decisões judiciais, desde que haja a disponibilidade de meios.

Parágrafo único. A vigilância indireta de que trata o caput deste artigo será realizada por meio da afixação ao corpo do apenado de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica que indique, à distância, o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial.’

‘Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

- I – aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semi-aberto, ou conceder progressão para tais regimes;
- II – autorizar a saída temporária no regime semi-aberto;
- III – aplicar pena restritiva de direito que estabeleça limitação de horários ou da frequência a determinados lugares;
- IV – determinar a prisão domiciliar;
- V – conceder o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena.

Parágrafo único. Os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga.’

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III – informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou entidade responsável pela monitoração eletrônica.

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvido o Ministério Público e a defesa:

I – a regressão do regime;

II – a revogação da autorização de saída temporária;

III – a revogação da suspensão condicional da pena;

IV – a revogação do livramento condicional;

V – a conversão de pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade;

VI – a revogação da prisão domiciliar;

VII – advertência por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.’

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I – quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que fica sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.”

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a implementação da monitoração eletrônica.

Art. 4º A fiscalização por meio de monitoração eletrônica ficará restrita à hipótese de saída temporária no regime semiaberto por um período de 2 (dois) anos, contados a partir da publicação desta Lei.

Parágrafo único. Após o término do prazo previsto no caput deste artigo, o Poder Executivo, observados os resultados apresentados, poderá definir novos parâmetros para a execução do que dispõe esta Lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A Câmara dos Deputados inseriu no projeto original um capítulo específico para a monitoração eletrônica, ressaltando que o Juiz poderá determinar a vigilância indireta para a fiscalização do cumprimento das decisões judiciais por meio da afixação no corpo do apenado de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica, que indique, à distância, o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial.

A medida poderá ser adotada nas seguintes hipóteses: a) aplicação de pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou no caso de concessão de progressão para tais regimes; b) autorização de saída temporária no regime semiaberto; c) aplicação de pena restritiva de direito que estabeleça limitação de horários ou da frequência a determinados lugares; d) determinação de prisão domiciliar; d) e concessão de livramento condicional ou a suspensão condicional da pena.

Para os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto, o projeto prevê a dispensa do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga.

O projeto estabelece, ainda, que a monitoração eletrônica será revogada caso se torne desnecessária ou inadequada, ou ainda caso o acusado ou condenado descumpra os deveres de receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; de abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; e de informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou entidade responsável pela monitoração eletrônica.

O substitutivo aguarda, no momento, aprovação no Senado Federal, já tendo recebido voto favorável do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Senador Demóstenes Torres, o qual, no entanto, sugeriu a reincorporação ao substitutivo das modificações implementadas sobre os artigos 115, 122 e 132 da Lei de Execução Penal, que haviam sido expurgadas do projeto original pela Câmara, bem assim a exclusão do artigo 4º proposto por esta última casa legislativa, que, ao ver do relator, criava uma espécie de *vacatio legis* sem fundamento substancial.

3. A EXPERIÊNCIA DE OUTROS PAÍSES E PONDERAÇÕES SOBRE OS BENEFÍCIOS DO SISTEMA NO BRASIL

Como visto, a proposta de adoção do monitoramento eletrônico no Brasil foi justificada pelo relator do projeto, Senador Magno Malta, como medida essencial à redução da superlotação dos estabelecimentos prisionais e também como forma de redução dos custos suportados pelo Estado com a manutenção de cada detento inserido no sistema carcerário.

A experiência de outros países em que a medida já foi implementada revela que as razões expostas são procedentes. Estudos sobre a relação custo-benefício da adoção do monitoramento eletrônico na execução penal noutras nações demonstram as largas vantagens advindas com a inovação tecnológica.

Na Inglaterra, onde o *Home Detention Curfew (HDC)* vigora desde 1999, o *Home Office Research Studies*, órgão de pesquisa vinculado ao departamento de governo responsável pela polícia, imigração e passaportes, e pelas ações de combate às drogas e ao terrorismo, publicou estudo em 2001 revelando que, nos primeiros dezesseis meses de funcionamento do sistema de monitoramento eletrônico, 21.400 (vinte e um mil e quatrocentos) detentos foram inseridos no programa, dos quais apenas 1.100 (mil e cem) retornaram ao cárcere por diversas razões, dentre as quais o descumprimento das condições judiciais, o que representa uma taxa de 5% (cinco por cento) do total.

Naquele país, o monitoramento eletrônico é destinado apenas aos presos condenados a penas privativas de liberdade iguais ou superiores a 3 meses e inferiores a 4 anos e é cabível apenas no período de 60 dias antes do término da reprimenda. Os estudos esclareceram que a média de permanência de cada detento no sistema de monitoramento eletrônico foi de 45 dias, a um custo de 880 libras por mês, o que representou uma economia anual ao governo de 63,4 milhões de libras ao ano em despesas com o sistema carcerário. Ademais, a adoção da medida acarretou uma redução da população carcerária de 1.950 presos somente no primeiro ano.

No que diz respeito ao risco de reincidência dos detentos agraciados com a liberdade vigiada, verificou-se que a taxa de reincidência dos presos inseridos no sistema de monitoramento eletrônico foi de apenas 9,3%

contra uma taxa de 40,5% dos presos que saíram do sistema prisional sem passarem antes pelo Home Detention Curfew.

Na Austrália, o sistema é utilizado para assegurar que o detento em gozo de prisão domiciliar esteja recolhido à sua residência nos horários estabelecidos, bem assim para impedir que o indivíduo frequente lugares proibidos ou que se aproxime de determinadas pessoas em particular, como acusadores, vítimas ou corrêus, e, finalmente, para que as autoridades possam monitorar os caminhos de dada pessoa, sem privá-la totalmente da liberdade.

Não existe naquele país uma legislação comum a todo o território, sendo que cada região tem a liberdade de estabelecer suas próprias normas. Em geral, as legislações existentes contemplam a possibilidade do monitoramento eletrônico tanto de pessoas acusadas em processo criminal ainda em curso, como daquelas já condenadas. Interessante notar que, em algumas regiões da Austrália, o monitoramento eletrônico pode ser aplicado como uma pena autônoma, ao contrário do que se propõe no projeto em fase de aprovação no Brasil.

Aponta-se, também na Austrália, como vantagens do monitoramento eletrônico a redução da população carcerária e também dos custos relacionados com a manutenção de uma estrutura necessária ao funcionamento de um sistema carcerário.

Nos Estados Unidos, o sistema de monitoramento eletrônico foi inaugurado pelo juiz Jack Love of Albuquerque, do Novo México. Inspirado nas estórias do Homem-Aranha, que em um determinado episódio é surpreendido com um equipamento de monitoramento eletrônico preso ao seu corpo, o que permite ao seu adversário seguir todos os seus passos, o juiz convenceu um especialista em eletrônica, Michael Goss, a criar um equipamento de monitoramento, e em 1983 sentenciou o primeiro acusado a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Palm Beach, Florida, rapidamente seguiu o exemplo e adotou o equipamento em seu programa de redução da superpopulação carcerária. Sistemas de monitoramento eletrônico rapidamente se expandiram nos Estados Unidos e, por volta de 1988, havia 2.300 criminosos em 32 estados que estavam sendo monitorados eletronicamente. Dez anos depois, mais de 95.000 equipamentos de monitoramento eletrônico estavam em uso.

Embora se façam questionamentos acerca da efetiva economia de recursos pelo uso do sistema de monitoramento eletrônico nos Estados

Unidos em lugar da manutenção de criminosos no sistema prisional, considerando, sobretudo, que a medida tem sido mais largamente utilizada para casos em que, normalmente, seriam impostas penas alternativas comuns aos condenados, estudo do National Audit Office, órgão independente de auditoria das agências e departamentos governamentais da Inglaterra, demonstra que o monitoramento eletrônico é efetivamente menos dispendioso que o encarceramento, além de ajudar na reabilitação dos condenados por permitir-lhes que se mantenham com suas famílias. Segundo o referido órgão, 90 dias de monitoramento eletrônico, por exemplo, custam cerca de 5 vezes menos que a manutenção de um preso no cárcere pelo mesmo período. Em média, 90 dias de monitoramento eletrônico custam 1.300 libras, ao passo que a custódia em estabelecimento prisional pelo mesmo período alcança por volta de 6.500 libras. E essa economia poderia ser ainda maior, segundo o mesmo órgão, caso não houvesse atrasos na declaração de extinção da pena de condenados submetidos ao monitoramento eletrônico.

No Brasil, o projeto tal como proposto pelo Congresso Nacional trará grande contribuição na fiscalização do cumprimento das condições estabelecidas para a concessão de prisão domiciliar ou para o deferimento de trabalho externo e de saídas temporárias, no regime semiaberto. Também será instrumento importante na fiscalização do cumprimento das condições fixadas no livramento condicional e na suspensão da pena, bem assim nos casos de penas restritivas de direitos.

Mas, tal como redigida a proposta, não há como assegurar que haverá economia de recursos públicos. Explico.

As hipóteses previstas no projeto para utilização do monitoramento eletrônico não contemplam a substituição efetiva da pena privativa de liberdade pelo sistema da liberdade vigiada. Em verdade, em todos os casos prescritos no projeto o detento, normalmente, já seria contemplado de algum modo com a liberdade, sujeita a determinadas condições. Dito de outra forma, nos casos ali elencados, o Estado já não manteria o detento no sistema carcerário, o que significa que não continuaria a ter custos com o interno.

No regime aberto, por exemplo, como não existem casas de albergado, é prática costumeira a concessão da prisão domiciliar, a qual, embora seja assim denominada, significa apenas que o condenado deverá recolher-se

à sua residência até determinado horário preestabelecido, em geral até às 22 horas, além de ficar proibido de frequentar determinados locais e de se ausentar da comarca sem autorização judicial. É o que se aplica normalmente, com o aval dos Tribunais Superiores, inclusive, ao fundamento de que, não existindo estabelecimento apropriado para o cumprimento da pena no regime aberto, e não se podendo manter o apenado em regime mais gravoso, deve-se-lhe conceder a prisão domiciliar. Pois bem, neste caso, o monitoramento eletrônico serviria para reforçar a fiscalização do cumprimento das condições para a manutenção do benefício.

O mesmo se diga quanto às saídas temporárias, quanto ao livramento condicional e com relação ao cumprimento de penas restritivas de direitos. Em todos os casos, o monitoramento eletrônico será apenas um reforço à fiscalização do cumprimento das condições judiciais, mas não implicará um aumento no número de detentos postos em liberdade, pois que, eles já ganhariam a liberdade de qualquer forma, uma vez preenchidas as exigências de ordem objetiva e subjetiva, notadamente, o tempo mínimo de cumprimento de pena e o mérito.

Em resumo, o monitoramento eletrônico não está sendo idealizado como uma medida de substituição efetiva da pena privativa de liberdade, mas como um instrumento de fiscalização do cumprimento de benefícios deferidos na execução penal.

A meu ver, sob o aspecto dos gastos públicos, mudança significativa poderá ocorrer se a nova medida for estendida para os casos em que atualmente há a decretação da prisão preventiva. Se, ao invés de impor o encarceramento provisório, for possível, de acordo com o caso concreto, fixar a restrição à liberdade por meio do monitoramento eletrônico, aí sim, poderá haver substancial redução do número de presos provisórios, o que poderá implicar a redução de custos do Estado com o sistema carcerário.

Note-se que, segundo dados recentes do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil tinha, em dezembro de 2008, 191.949 presos provisórios, o que representava, naquele momento, 42,97% do total de detentos do país.

Friso que o projeto não prevê a aplicação do monitoramento eletrônico em lugar das prisões provisórias, como a temporária e a preventiva.

Nesse ponto, portanto, talvez o projeto mereça aprimoramento para que sejam efetivamente atingidos os objetivos traçados pelo legislador quanto à redução de custos e da população carcerária do país.

4. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

O monitoramento eletrônico de presos suscita algumas questões relativas à constitucionalidade da medida.

De início, acena-se com a violação ao direito constitucional à privacidade. O monitoramento eletrônico, como é cediço, é feito por meio da fixação no corpo do apenado, no pulso ou no tornozelo, de equipamento transmissor de sinais que revela se ele está no local e horário determinados pelo juiz. Questiona-se se não haveria nisso uma infringência ao direito de privacidade do apenado.

Esse debate já foi superado nos países em que o sistema já está em funcionamento. Nos Estados Unidos, por exemplo, a constitucionalidade da medida já foi afirmada logo no início da década de 1980. Aqui, certamente, a discussão ganhará fôlego assim que o projeto em curso for implementado.

O direito à privacidade é conceituado como o direito do indivíduo a não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral (MENDES, 2007, p. 370).

É de se ter em conta, porém, o entendimento consolidado no sentido de que os direitos fundamentais não se revestem do caráter absoluto. Como pontifica Alexandre de Moraes, *“Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”*. *“Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).”* (MORAES, 2002, pp. 60-61).

Trata-se de posicionamento pacífico, inclusive, no seio do Supremo Tribunal Federal, como ilustra o seguinte precedente:

“PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS.

(...)

6. *Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.*

7. *Ordem denegada.”*

(HC 93250, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJe-117, 27-06-2008).

Assim, parece-me que eventual controvérsia em torno do direito à privacidade será facilmente superada pela adoção da ponderação dos direitos fundamentais. Paralelamente ao direito do preso de não ter violada a sua privacidade, figura o direito fundamental da sociedade à segurança e a que os delinquentes respondam pelos atos ilícitos praticados. Nesse sentido, penso que não se poderá opor ao Estado o direito do preso à privacidade, pois, em tal circunstância, é de se ter em conta que não se estará diante de um cidadão como qualquer outro, mas de alguém que se pôs dolosamente, ou ao menos culposamente, em situação distinta de seus pares ao praticar um crime, seja doloso ou culposo, dando ensejo com sua conduta à relativização de seus direitos fundamentais em prol do poder-dever do Estado de restabelecer a ordem e de infligir ao infrator a necessária resposta ao mal praticado, não só como repressão, mas também como prevenção de novos delitos.

O direito do detento à privacidade deverá ceder, assim, ao interesse maior da sociedade, submetendo-se ao monitoramento eletrônico sem que isso represente qualquer violação às garantias insculpidas na Carta Magna.

Outro ponto relevante foi suscitado nos países em que o Estado atribui ao condenado o ônus de custear as despesas com o monitoramento eletrônico. Grande parte dos programas de monitoramento cobram entre \$100 e \$200 por mês do próprio condenado para custeio do sistema, sendo que ele deve ter ainda residência fixa e um telefone (ALBERTA, 2000). Tais exigências poderiam suscitar a discussão quanto à violação ao princípio da isonomia,

pois que os condenados desprovidos de recursos financeiros não poderiam ser beneficiados com a liberdade vigiada.

A discussão não tem, em princípio, relevo para o Brasil, pois o projeto em vias de aprovação não prevê o custeio do programa pelos detentos. Parece-me que tal solução é a mais adequada exatamente para que não seja levantado aqui o óbice da afronta à igualdade que deve permear o tratamento conferido a todos os presos do país.

Acena-se, ainda, com a violação à vedação às penas degradantes. A isto há que se afirmar que não há, em verdade, humilhação ou tratamento degradante na afixação de equipamento de monitoramento eletrônico ao corpo do preso. Ao contrário, o sistema permite que o preso deixe o quanto antes o estabelecimento prisional, para que possa retornar ao convívio de sua família e ao trabalho, o que, por si só, revela o tratamento digno dispensado pelo Estado.

A doutrina refere, ainda, que o monitoramento eletrônico tem sido por vezes criticado por produzir na família do apenado um impacto negativo. O aumento da violência doméstica tem sido relacionado ao sistema de monitoramento. Alega-se que as famílias normalmente experimentam situação de estresse pelos telefonemas imprevisíveis, que podem ocorrer no meio da noite, além de danos à autoestima do condenado e às sua reputação perante a comunidade. O significativo estresse no seio da família, argumenta-se, pode servir de palco à violência, sobretudo porque o apenado é compelido a passar mais tempo do que o usual em sua residência (ALBERTA, 2000).

Os estudos revelaram, no entanto, que os benefícios do monitoramento eletrônico para as famílias do apenado podem superar as consequências negativas. Sob o ponto de vista do condenado, o monitoramento eletrônico é benéfico por lhe permitir manter um emprego e ter mais contato com seus familiares. Menos de 5% dos participantes canadenses em programas de monitoramento eletrônico referiram interferências negativas do sistema na vida da família (BONTA, 1999).

Por fim, surge a questão relativa à possibilidade de os Estados autorizarem a utilização do sistema de monitoramento eletrônico, sem que ainda esteja em vigor lei federal permissiva. O Estado da Paraíba foi o pioneiro no Brasil na utilização do sistema, tendo iniciado em 2008. É de se ter em conta, porém, que a Constituição da República reserva à

União, com exclusividade, a competência para legislar sobre direito penal e processual. Como a execução penal está intimamente ligada a estas áreas do direito, entendo que qualquer modificação legislativa a ela relacionada deve ser implementada necessariamente por norma federal. Daí porque o estabelecimento do monitoramento eletrônico por meio de norma estadual afigura-se manifestamente contrário aos ditames da Carta Magna.

5. CONCLUSÃO

Como se pode observar ao longo deste breve trabalho, o sistema de monitoramento eletrônico, embora suscite questionamentos acerca de sua constitucionalidade, é perfeitamente compatível com a Constituição República, desde que estabelecido por norma federal.

Os benefícios do sistema são notórios quanto à redução da superpopulação carcerária e também no que tange aos gastos públicos com a manutenção de estabelecimentos prisionais. O projeto de lei em fase final de tramitação no Senado Federal, certamente, trará grande contribuição na fiscalização do cumprimento de penas alternativas e de benefícios como o livramento condicional, a suspensão da pena e a prisão domiciliar.

No tocante à economia de recursos públicos, no entanto, o projeto deveria trazer expressa a possibilidade de extensão do monitoramento eletrônico em substituição às prisões provisórias, como a temporária e a preventiva, a depender do exame do caso concreto, sobretudo em consideração ao expressivo número de detentos provisórios no país, que em dezembro de 2008, totalizavam cerca de 42% do total de internos.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTA, John Howard Society of. **Electronic monitoring**. Disponível em < <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm> > Acesso em: 17 mai. 2009.

BLACK, Matt. SMITH, Russell G. **Electronic monitoring in the criminal justice system**. Disponível em: <<http://www.aic.gov.au/publications/tandi2/tandi254.pdf>> Acesso em: 17 mai. 2009.

BONTA, J., Rooney, J., & Wallace-Capretta, S. (1999). **Electronic**

monitoring in Canada. Ottawa: Public Works and Government Services Canada.

DODGSON, Kath. GOODWIN, Philippa. HOWARD, Philip. LLEWELLYN-THOMAS, Siân. MORTIMER, Ed. RUSSELL, Neil. WEINER, Mark. **Electronic monitoring of released prisoners: an evaluation of the Home Detention Curfew scheme.** Disponível em: <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/hors222.pdf>> Acesso em: 17 mai. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NATIONAL AUDIT OFFICE. **The Electronic Monitoring of Adult Offenders.** Disponível em: <http://www.nao.org.uk/publications/0506/the_electronic_monitoring_of_a.aspx> Acesso em: 17 mai. 2009.

SANTOS, Erivaldo Ribeiro dos. **Sistema Carcerário Nacional.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erival-do.pdf> Acesso em: 18 mai. 2009.

A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DAS AUTORIDADES MILITARES.

Cesar Richa Teixeira Ananias

Estudante do curso de graduação em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: Nem estudo de Direito Militar, nem estudo amplo de ação de improbidade administrativa. A pretensão do trabalho apresentado é, primeiro, constatar as particularidades da organização militar e a forma como repercute uma decisão judicial proferida por Juiz Federal em uma estrutura alicerçada nos princípios da hierarquia e disciplina. Depois, observados os prejuízos que podem advir deste controle jurisdicional, propõe-se uma restrição à possibilidade de a Justiça não especializada sancionar o militar com a perda da função pública por ato de improbidade que viole princípio da administração pública, haja vista a ampla margem para gravíssima invasão de competência administrativa militar.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A possibilidade de controle jurisdicional dos atos da administração pública: a mudança de perfil da magistratura. 1.1. A possibilidade de controle e o princípio republicano. 1.2. Seabra Fagundes e os limites tradicionais do controle jurisdicional. 1.3. Geraldo Ataliba e a representatividade da magistratura. 1.4. Luiz Guilherme Marinoni e a nova função jurisdicional. 2. A repercussão extrajurídica da decisão judicial como pressuposto para a indução dos limites do controle jurisdicional. 2.1. O controle esclarecido. 2.1.1. Missão institucional. 2.1.2. Estratégia. 2.1.3. Hierarquia e disciplina. 3. Limite específico: Da impossibilidade de o juiz federal sancionar o militar com a perda da função pública prevista no art. 12, inciso III, da Lei nº. 8.429/1992. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia

1. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: a mudança de perfil da magistratura.

1.1. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE E O PRINCÍPIO REPUBLICANO

O Constituinte esculpiu o Brasil sob a forma de República Federativa, voltada a alcançar e viabilizar um Estado de Direito, revestido de legitimidade. Dentre os pilares que exsurgem por força da República, destacam-se, sobretudo¹, a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade dos representantes. De outra parte, os elementos caracterizadores do Estado de Direito² são a sua submissão ao Direito e à jurisdição³.

A conjugação da representatividade e da responsabilidade perante o Direito reafirma o papel do Estado como instrumento de realização do interesse público. Confiada pela coletividade, a atribuição de administrar implica prerrogativas e, como não poderia ser diferente, em contrapartida, prestação de contas e sujeição dos atos praticados a controle.

O modo como este controle é realizado se distingue em cada país, a depender do sistema adotado. Se o enfoque recai no controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, a regra é classificar em dois modelos principais, o de dualidade e o de unidade.

Quando os atos administrativos ficam sujeitos à possibilidade de controle desempenhado definitivamente pelo Poder Judiciário, depara-se com o modelo inglês de unidade de jurisdição. Com efeito, é o sistema que está refletido no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988. A norma fundamental em epígrafe irradia, inclusive, a inexigibilidade de exaurimento da via administrativa como condição para acionar o Estado-juiz, havendo apenas

¹ O emprego da expressão “sobretudo” teve por escopo não ignorar o elevado magistério de Geraldo Ataliba, segundo o qual todo o conteúdo do parágrafo quarto, do artigo 60, da Constituição da República, compõe, no sistema jurídico brasileiro, o alcance e os desdobramentos do princípio republicano. (República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37-38)

² Para preservar o foco do estudo, o princípio da Constitucionalidade, da Legalidade, da Igualdade e o princípio Democrático, características que permitem aferir a condição de Estado de Direito, deixarão de ser abordados, ficando, inobstante, a sugestão de estudo por SANTOS, Gustavo Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 47-53

³ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120

um preceito exceptivo no art. 217, parágrafo primeiro, sobre demandas desportivas.

Ao Judiciário se reserva, portanto, a posição de guardião da Constituição e intérprete último das normas jurídicas. A assertiva conduz, de início, à controvertida possibilidade de rever atos dos demais Poderes.

O propósito do presente estudo é, precisamente, oferecer um limite a esta atuação judicial, escolhendo uma hipótese bastante específica, mas igualmente relevante, a saber, o controle exercido na via de ação de improbidade administrativa sobre ato de autoridade militar que tenda a violar princípios da Administração Pública.

A exposição, na sequência, de algumas doutrinas existentes, clássicas e modernas, servirá para demonstrar a dificuldade de se estabelecer limites gerais e objetivos, capazes de constituir uma teoria geral do controle jurisdicional, o que justificará a opção por tema tão delimitado. Adota-se, assim, como pressuposto, o fato de que talvez seja mais conveniente primeiro induzir uma série de limitações específicas, mais amadurecidas, para somente após haver um esforço de agrupamento, segundo traços comuns.

1.2. SEABRA FAGUNDES E OS LIMITES TRADICIONAIS DO CONTROLE JURISDICIONAL

O ilustre autor Miguel Seabra Fagundes, referência clássica na matéria, explica que a função administrativa do Estado o coloca em relação direta com os indivíduos. Por meio dela, ao fazer a lei atuar no caso concreto, a Administração Pública impõe limitações à atividade individual e lhes exige prestações. O resultado natural deste quadro é o surgimento de demandas entre os dois atores sociais mencionados.

Como toda atividade dos Poderes da República se sujeita à ordem jurídica, exsurge para o particular a possibilidade de irresignar-se e questionar-lhes os atos. No sistema brasileiro, há três modalidades principais, a depender do órgão que revê o ato. Cuida-se de autocontrole quando a própria Administração, no seu interesse, exerce, de ofício, o poder disciplinar dos superiores sobre os servidores hierarquicamente inferiores. Também se inclui nesta classificação o controle viabilizado pelo sistema de recursos administrativos, o qual é realizado a requerimento e no interesse do administrado.

O controle político, exercido pelo Poder Legislativo, traduz uma de suas funções típicas, a da fiscalização, o que se realiza por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito e processos por crime de responsabilidade.

Por derradeiro, o controle pode ser ainda jurisdicional, cujo desenvolvimento ocorre em duas fases. Na primeira, cognitiva, constata-se e decide a lide entre a Administração e o indivíduo. Ela extrai os fenômenos executórios da alçada do Poder Executivo, concentrando-os no órgão judicante. A fase posterior é de execução de sentença pela força.

Nesse âmbito, contudo, ao Poder Judiciário seria vedado apreciar o mérito dos atos administrativos. Caberia examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade⁴. A mesma proibição ocorreria sobre questões exclusivamente políticas, isto é, que não atinjam de imediato direitos subjetivos, circunscrevendo-se ao âmbito interno do mecanismo estatal. Nada obstante, as medidas que se seguirem ao ato político podem afetar direitos expressamente amparados pela ordem jurídica, assim sendo, o Judiciário, embora indiretamente, poderá apreciar o primeiro ato, em regra, deixado fora de seu alcance. A última restrição concerne ao *Habeas Corpus* contra prisão disciplinar a fim de não se subtrair a eficácia do caráter punitivo da medida.

1.3. GERALDO ATALIBA E A REPRESENTATIVIDADE DA MAGISTRATURA

Além das dificuldades oriundas da teoria da separação dos poderes, como as recém tangidas, a clássica limitação do controle jurisdicional esbarra, outrossim, no problema da representatividade da magistratura.

Segundo Geraldo Ataliba, o Judiciário não é integrado por membros eleitos pelo povo, então sua função não poderia acrescentar vontade pessoal na aplicação da lei. A vontade a ser traduzida deveria ser exclusivamente a da lei. Não competiria ao Judiciário reprovando decisões políticas, que só deveriam ocorrer pela iniciativa popular de não reeleição de candidatos.

Acreditava-se, dessa maneira, preservar a imparcialidade, a independência e a autonomia do juiz. Suas funções eram vistas como esvaziadas de conteúdo político, uma vez que não representam o povo diretamente, tendo apenas caráter técnico. Nos termos do prestigiado doutrinador, o

⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 179.

juiz precisaria ser bom técnico, destro na função hermenêutica e, por isso, sequer conviria que fosse representativo⁵.

1.4. LUIZ GUILHERME MARINONI E A NOVA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Todavia, a compreensão da atividade típica do Poder Judiciário, a jurisdicional, deve acompanhar as novas formas de atuação do magistrado. Daí Luiz Guilherme Marinoni⁶ alertar sobre o abandono, no presente contexto do processo civil brasileiro, das perspectivas de Chiovenda e Carnelutti.

O primeiro jurista sustentou a teoria da atuação da vontade concreta da lei, enquanto o segundo apresentou a tese da justa composição da lide. Asseverar que a jurisdição atua a vontade concreta da lei significa que o juiz apenas declara aquilo que o legislador estabeleceu na norma genérica, isto é, revela a vontade do legislador sem nada lhe acrescentar. A jurisdição somente se manifestaria a partir da revelação da vontade do legislador⁷. Portanto, entender a jurisdição, conforme a lição de Chiovenda, pressuporia a visão da lei como instrumento de limitação do poder estatal, porque era forma de submeter os atos de governo aos representantes do povo. Assim, a jurisdição para proteger o direito subjetivo particular violado deveria, tão-somente, aplicar a literalidade da lei, sem acrescer qualquer valoração. A sentença não criaria a norma individual, sendo um ato externo ao ordenamento jurídico, pois apenas reafirma o que diz a lei.

Carnelutti vai um pouco mais além de atribuir função meramente aplicadora à sentença. O juiz cria a norma individual a partir da norma geral, ou seja, faz um processo de adequação da norma já existente ao caso concreto. A sua teoria enxerga a existência de jurisdição frente à manifestação de uma lide e apenas diante desta é possível individualizar um preceito, o qual, ao ser estabelecido, comporá o ordenamento jurídico. Há, dessa feita, criação de uma norma pela atuação do juiz.

Porém ambos partiriam da subordinação do juiz ao legislador, não

⁵ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-113

⁶ Em relação a CHIOVENDA, aparentemente corrobora tal postura Marcelo Abelha Rodrigues. (Manual Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67-68)

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

sendo mais possível querer buscar os fundamentos da jurisdição nessas fontes históricas.

... nenhuma dessas teorias responde aos valores do Estado constitucional. Não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam lugar à “compreensão” do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação jurisdicional.⁸

Sob esse prisma, Marinoni ressalta que o Estado constitucional impõe ao magistrado zelar pela supremacia dos direitos constitucionais. Com esse intuito, mune seus julgadores de instrumentos de controle de constitucionalidade, de interpretação conforme, de suplantação de omissões dos textos normativos, de meios de execução específica e de execução imediata, dentre outros, a depender do direito lesado a que se deva oferecer a tutela jurisdicional adequada.

Não basta editar a regra jurídica, é preciso extrair dos institutos a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material.⁹ Nesta vertente, à jurisdição atual se atribui, sobretudo, dois deveres principais, quais sejam, o de **aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais** e o de **viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição**.¹⁰

Basta observar, nesse novo contexto de expectativas acerca da magistratura brasileira, o comportamento do Superior Tribunal de Justiça em recente julgado¹¹:

ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA.

1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 92

⁹ Idem. p. 133

¹⁰ Idem. p. 137-138

¹¹ RMS 28338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009.

direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.

2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, I).

3. A Carta Magna também dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), sendo que o “atendimento integral” é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adegue ao seu tratamento.

5. In casu, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada.

6. Recurso ordinário improvido.

Em outras palavras, reconheceu que caso o paciente prove a ineficácia do remédio alternativo oferecido, possui direito líquido e certo ao fornecimento do indicado pelo profissional de sua escolha ¹².

Sabe-se que os atos políticos e administrativos apresentam aspectos vinculados, tais como a observância da competência para a sua prática e o processo legislativo em que são editados, podendo ser examinados. Mesmo discricionários, o fundamental será considerar que são conformados aos parâmetros legais. Basicamente, fora dessa moldura serão arbitrários e abusivos.

Todavia, as interpretações jurisprudenciais têm possibilitado, como no acórdão transcrito, verdadeiras retificações de prioridades da Administração, desde que conflitantes com direitos fundamentais.

¹² STJ. Paciente não tem direito a remédio específico se SUS oferece alternativa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92932&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=RMS%2028338> Acesso em: 25 de julho de 2009.

Igualmente, tem encontrado ressonância na jurisprudência entendimento que não se limita a constatar a existência de discricionariedade e simplesmente abster-se de discussões. Exige-se uma demonstração de que essa margem de liberdade foi dirigida ao interesse público. Talvez este tenha sido um dos aspectos mais relevantes do avanço dos estudos sobre controle judicial da Administração Pública: o reconhecimento de que a existência do direito não está acompanhada da garantia de seu bom exercício. O col. STJ, no informativo 395 de maio de 2009, revela:

POSSIBILIDADE JURÍDICA. TERRA INDÍGENA.

*Trata-se de ação ordinária ajuizada por comunidade indígena que objetiva compelir a Funai e a União a demarcar terra indígena. Na contestação, a Funai alegou impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a intervenção judicial para ordenar a demarcação e homologação do território indígena invadiria a esfera da discricionariedade da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário definir a prioridade e estabelecer políticas públicas. O juiz de primeiro grau rejeitou essa preliminar de impossibilidade jurídica, o que foi confirmado pelo Tribunal a quo. Na espécie, é preciso, também, verificar se o Poder Judiciário pode adentrar a análise e conveniência do ato administrativo discricionário, ou se apenas à Administração Pública foi concedido esse poder. Nesse panorama, a Turma, ao julgar o recurso especial, entendeu que, para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, é necessário que o julgador, no primeiro momento de contato com a petição inicial, perceba que o pedido jamais poderia ser atendido, independentemente do fato e circunstâncias do caso concreto. **Concluiu, ainda, que o mérito do ato administrativo não se revela da simples e isolada norma in abstracto, mas sim do confronto desta com os fatos surgidos no caso concreto, cuja peculiaridade pode reduzir, ou até eliminar, a liberdade que o administrador público tem para executar a conduta pretendida pela lei.** Sendo assim, a possibilidade, ou não, do pedido contido na inicial que objetiva a demarcação de terra indígena será a conclusão a que o julgador chegará após a análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto, não se podendo afirmar, de pronto, que o ordenamento jurídico veda tal possibilidade apenas por se tratar de ato que, em abstracto, possui características discricionárias. Assim, em razão da teoria da asserção (a análise das condições da ação é feita conforme a narrativa da petição inicial) e da necessidade*

de dilação probatória para análise dos fatos, no caso concreto, não houve violação do art. 295, I e parágrafo único, III, do CPC.¹³ (Grifei)

Mesmo que isso aparentemente flexibilize o princípio da separação dos poderes, está cada vez mais evidente a possibilidade de ir além dos aspectos sempre vinculados – competência, forma e finalidade –, assegurando-se um controle mais extenso, inclusive de razoabilidade e de proporcionalidade. O aresto permite claramente depreender que liberdade de escolher não significa poder escolher qualquer opção, sem parâmetros dentro da sistemática constitucional.

A sustentação dessa expansão do âmbito cognitivo do Poder Judiciário não exprime um propósito de suprimir a opção política ou a discricionariedade. Tão-somente parece constatar a confiança que parcela relevante da sociedade depositou na magistratura, depois de desiludir-se com a ineficácia dos seus instrumentos de fiscalização direta dos representantes. Ao magistrado se confia, ao menos, a redefinição de prioridades que a Constituição da República não autorizou relegar. Assim, embora não sejam as teses jurídicas ideais, para o modelo brasileiro tem sido preciso assegurar, pelo menos em abstrato, a inafastabilidade da apreciação jurisdicional dos atos da Administração Pública, porquanto diversos atos políticos e administrativos consubstanciam verdadeira afronta às expectativas dos representados.

¹³ Eis a ementa: [...] 4. *A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.* 5. *O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.* 6. *Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador; e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. [...] Recurso especial improvido.*

REsp 879188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009.

2. A REPERCUSSÃO EXTRAJURÍDICA DA DECISÃO JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A INDUÇÃO DOS LIMITES DO CONTROLE JURISIDICIONAL.

A doutrina reconhece a dificuldade de se estabelecer uma teoria geral dos limites de controle jurisdicional. Embora assentada, de certa forma, a possibilidade deste controle, nem sempre gerará efeitos positivos. Basta a análise diante de alguns ramos jurídicos específicos, para a perplexidade surgir novamente.

Um exemplo dos mais ilustrativos é o regime jurídico-administrativo militar, porquanto fundado nos princípios da hierarquia e disciplina, com rigor ímpar se comparado a qualquer outro regime profissional. A estrutura formada adquire coesão tão intensa e particular, que torna bastante interessante notar como uma decisão da Justiça Federal repercute nessa esfera. Especificamente, o enfoque é a Justiça comum, não a especializada, haja vista a primeira ser composta por civis, sem qualquer participação de juízes militares. Ademais, ela é a competente para processar e julgar as ações relativas, sobretudo, a direito administrativo (promoção, transferência, punições,...) e previdenciário (pensão, reforma,...) dos militares. Não bastasse, interesses coletivos também transitam na Justiça Federal Comum por meio de ações civis públicas, pois a Constituição da República reserva unicamente as causas que versarem sobre crimes militares à Justiça Militar da União.

As atribuições dos órgãos judicantes federais vão muito além daquelas confiadas aos juízos castrenses. Com isso, abrem-se as portas para um controle judicial dos atos das autoridades militares de eficácia extrajurídica arriscada para a organização das Forças Armadas, pois trazem valores da sociedade civil para dentro dos quartéis. Entretanto, o sentido do vetor fica invertido. Afinal, o estímulo à politização e a instigação do espírito contestador são sacrificadas nos treinamentos militares para que os demais cidadãos possam viver plenamente a democracia.

Tome-se como paradigma a ação de improbidade administrativa, pois comporta amplíssimo objeto, autorizando a apreciação indeterminável de atos. Eis um exemp

*AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
TENENTE-CORONEL DO EXÉRCITO BRASILEIRO.*

EXORDIAL QUE NARRA PERSEGUIÇÕES E CONSTRANGIMENTOS A SUBALTERNOS, REALIZAÇÃO DE SINDICÂNCIAS COM DESVIO DE FINALIDADE E VÍCIOS DE LEGALIDADE, DETERMINAÇÃO DE PRISÕES E REALIZAÇÃO DE MARCHAS ABUSIVAS, DENTRE OUTRAS ARBITRARIEDADES. ANTECIPADA REJEIÇÃO DA AÇÃO, COM FULCRO NO ART. 17, PARÁGRAFO 8º DA LEI Nº 8.429/92. NÃO COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REGULAR PROCESSAMENTO. APELAÇÃO PROVIDA.

- Narra a exordial que o réu perseguiu e constrangeu subalternos em razão do ajuizamento de ações com vistas à promoção de patentes; realizou sindicâncias com desvio de finalidade e vícios de ilegalidade; **concedeu ordens de prisão e de realização de marchas abusivas e ilegais, dentre outras arbitrariedades.**

- É prescindível a comprovação de dolo ou culpa para a caracterização do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 9º da Lei 8.429/92).

- A rejeição antecipada da ação de improbidade, com fulcro no art.17, parágrafo 8º, somente é possível quando for manifesta a inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Ausente prova inequívoca a esse respeito, impõe-se o retorno dos autos à primeira instância para regular processamento.

- Apelação provida.

A espécie é particularmente interessante por suscitar a abusividade das marchas e das prisões. Em relação a estas, o fundamento era a comparação com o número de prisões efetuadas em períodos anteriores e depoimentos dos presos.

Resta nítido como a ação de improbidade administrativa enseja ampla revisão de atos, embora não dirigida diretamente a estes, mas à censura pessoal do agente estatal. A propositura tem o intuito de lograr o reconhecimento de violação ao princípio da moralidade administrativa, exteriorizada por meio do enriquecimento ilícito, do dano ao erário, da ofensa a princípios da Administração Pública ou, no caso de Prefeitos, por descumprimento de dispositivos do Estatuto da Cidade.

De acordo com os artigo 12 da Lei 8.429/1992, são instrumentos idôneos para postular sanções de perda de bens e valores obtidos ilicitamente: o

ressarcimento integral do dano ao erário; a suspensão de direitos políticos; a multa civil; a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios creditícios e fiscais; e a perda da função pública. Portanto, ação de natureza cível com consequências rigorosíssimas, algumas delas alcançam até mesmo um caráter fortemente político-penal.

No momento, a modalidade mais relevante para o estudo é a ação de improbidade administrativa contra atentado aos princípios da Administração Pública por ato de autoridade militar. Isso porque as demais hipóteses permitem uma reprovação mais objetiva, de mais fácil constatação. Porém, quando há abertura para violação de princípios, a atuação do órgão jurisdicional se estende de tal modo que pode ser causa de inconvenientes intromissões na Administração Pública.

Por isso, o propósito do estudo foi fixado no estabelecimento dos limites para a atuação jurisdicional e, empós, transportá-los também para a atuação mais responsável do Ministério Público na missão fiscalizadora. As próximas linhas concernem, então, à necessidade de um controle esclarecido, capaz de reconhecer as repercussões da decisão, bem como cuidarão do impacto dos efeitos extrajurídicos, denominados de fatores para fins do presente estudo, decorrentes de um controle tão amplo quanto o proporcionado pela ação de improbidade administrativa por violação de princípios.

2.1. O CONTROLE ESCLARECIDO

É certo que as decisões judiciais encontram sua legitimidade na técnica e nos conhecimentos jurídicos do órgão que as proferiu.

Progredindo nesta mesma vertente, cunha-se a expressão “**controle esclarecido**”, escolhida, aqui, para indicar a necessidade de os magistrados e Procuradores da República terem a preocupação de não se limitarem a conhecer as normas. Jamais poderão contentar-se com uma visão meramente formalista, ingênua e objetiva das exigências¹⁴ a que se submete o militar, a saber: a) Risco de vida permanente; b) Dedicção exclusiva e disponibilidade permanente, sem direito a reivindicar horas extras ou compensação pelo mecanismo do banco de horas (limitação de direitos sociais); c) Mudança involuntária de domicílio; d) Sujeição a preceitos

¹⁴ Revista VERDE-OLIVA: Exército Brasileiro. Brasília: Ano XXX, n. 177, Jan/Mar, 2003.

rígidos de disciplina e hierarquia; e e) Restrições de direitos políticos relacionados à democracia, dentre outros.

Ignorar, por exemplo, o ambiente no qual é moldado o militar e interferir nas técnicas de disciplina é tornar-se responsável pela inversão dos valores que sustentam um combatente frente ao inimigo. Na ótica interna, eles veem os quartéis não apenas como ambiente de trabalho, mas, sim, como *lugares onde se cultiva a ideia de que a Pátria é um bem tão precioso que precisa ser garantido à custa de qualquer sacrifício*. Nele vivem circunstâncias para suportarem a *dureza do combate*.¹⁵

Desta vocação e motivação nacionalista decorrem inúmeras implicações, as quais devem permear a apreciação judicial. O julgador deve ter em mente que o ato da autoridade militar está arrimado nos imperativos a seguir expostos.

2.1.1. MISSÃO INSTITUCIONAL

O *caput* do art. 142 da CRFB de 1988 estabelece três missões. A mais evidente é a defesa da pátria, no que se refere ao inimigo externo. É a própria razão de ser das instituições. A segunda missão é servir de garantia aos Poderes constituídos. De acordo com nossa experiência histórica, em última instância, *o Supremo Tribunal Federal era [é] um arsenal de livros, e não de tanques – e, por isso, nada podia [pode] fazer para garantir o governo [...] sem a garantia das Forças Armadas não há Poderes constituídos*¹⁶. A outra missão constitucional é resguardar a lei e a ordem quando forem convocadas pelos Poderes constituídos.

Na matéria, o sempre citado Seabra Fagundes traduz a visão das Forças Armadas na Constituição:

As Forças Armadas constituem, em todos os Estados o elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito. Nelas, na eficiência de sua estrutura e na respeitabilidade que as envolve, repousa a paz social pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado

¹⁵ Guilherme Joaquim Moniz Barreto, criador da moderna crítica literária em Portugal.

¹⁶ Nelson Hungria *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas *in* Revista IOB de Direito Administrativo – v. 01, n. 11, nov. 2006. p. 8

e da perfeita realização dos seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, sua própria soberania.

*Por isto mesmo na organização política de todos os povos se reserva às Forças Armadas posição especial e destacada, desde os seus problemas de estrutura e funcionamento até os que dizem respeito à sua missão.*¹⁷

2.1.2. ESTRATÉGIA

A opção por tratar da estratégia foi determinada por questões frequentemente suscitadas na sociedade sobre a importância das Forças Armadas, a necessidade delas em tempos de paz, o que fazem e qual a razão de receberem investimentos num país de tanta miséria.

Todas as indagações dessa natureza encontram resposta na dissuasão, das estratégias a mais importante. Literalmente significa provocar uma abdicção de uma decisão, mudar de ideia. Contextualizada, é a tática que visa a inibir a atuação ofensiva estrangeira por meio da ostentação da capacidade bélica e de organização. Ninguém melhor que um representante militar para explicá-la:

Da sentença latina “vis pacem para bellum” (se queres a paz, prepara-te para a guerra) decorre a principal estratégia do Exército Brasileiro, a da dissuasão. Por ela, é fundamental manter um grau de prontidão e operacionabilidade tais que façam com que eventuais rivalidades, ambições ou aventuras em relação ao patrimônio brasileiro sejam desencorajadas, mantendo tudo aquilo que possa se configurar como antagonismo passível de resolução no campo diplomático.

*Ficam, pois, evidenciadas duas ideias principais, [...] a de que o treinamento tem que ser permanente, e a de que tem de ser realístico, mesmo em tempo de paz.*¹⁸

¹⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. As Forças Armadas na Constituição. Coleção Taunay. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1955.

¹⁸ CONFORTO, Alves, A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. STM em revista – v. 02, n. 02, jul/dez. 2005. p. 8

Portanto, a importância das Forças Armadas é prolongar os tempos de paz em virtude da sua presença atenta e silenciosa; a necessidade delas é a imposição de temor; seu cotidiano é um treinamento constante e tão diversificado quanto os ambientes em que podem vir a atuar; bem assim, vivem em vigilância permanente a fim de permitir perceber, logo no início, o avanço de ações ofensivas e prontamente respondê-las. Quanto aos investimentos bélicos, igualmente têm a finalidade preventiva e, se preciso, repressiva, cujo pressuposto é a movimentação inimiga. Inadmita-se, destarte, a possibilidade de iniciativas imperialistas.

O fato de o Brasil ser um país pacífico em nada justifica o desaparecimento militar. Tampouco o abrandamento das exigências dos integrantes. Não se preparam apenas para a guerra. Preparam-se, mormente, para que a corporação seja fonte de respeito fora das fronteiras. Observe-se que em momento algum se fala em realizar guerras, mas em estar sempre preparado.

2.1.3. HIERARQUIA E DISCIPLINA

O rigor do treinamento militar, vez ou outra questionado (in) diretamente, v.g. quando se impugna “marchas abusivas” ou a transferência involuntária, tem uma finalidade de formação do profissional.

Só a disciplina mantém a coesão, possibilita a vitória sobre o medo. Só o respeito à hierarquia impede que alguém armado se transforme em uma besta-fera ou em um covarde ao ver companheiros caindo, explosões se sucedendo, gritos, desespero.¹⁹

De forma sintética, pode-se entender que ambos os princípios em epígrafe culminam na impossibilidade de inferiores hesitarem no cumprimento das ordens de seus superiores.

A preocupação com esses princípios deve ser extrema, pois proporcionam a atuação eficaz, repentina e imediata, o que só é conseguido por uma rígida organização.

Esses princípios são frequentemente mal compreendidos pelos civis. Frequentemente são associados a arbitrariedades e ao autoritarismo.

¹⁹ Idem. p.8

Contudo, a estrutura baseada na hierarquia é pensada para fazer com que o General ou o Coronel, nas suas funções de comando, tenham conhecido todas as missões, dificuldades e pressões de seus subordinados, pois ingressaram na carreira, por concurso público, como aspirantes-a-oficial, nível mais básico da carreira (O anexo ilustra a evolução da carreira militar). Levam cerca de 25 a 35 anos de experiência para conquistar tais posições, galgando-as lentamente, após a realização de inúmeros cursos de comando e estratégia.

Maior, ainda, é o problema dos militares que não os compreendem. Quando se recorre ao Estado-juiz para resolver as insatisfações com a profissão – sem ter interesse em real ilegalidade – na verdade, há uma agressão a esta pirâmide. Quem titulariza os cargos e funções do topo hierárquico, em regra, nunca se sentiu no direito de questionar seus superiores, sendo valorizado pela obediência.

O problema é que todo processo tem potencial de inversão da ordem militar. Qualquer processo no qual se questione ordens militares trará consigo uma parcela de **fator desmoralizante** da autoridade perante a tropa, vulnerando o princípio da hierarquia, ao passo que trará uma outra carga de **fator desestimulante** do uso do poder disciplinar. Desse modo, cria-se nos inferiores a mentalidade de contestação, a qual prejudica a executoriedade da ordem de uma autoridade, bem como repercute pessoalmente sobre ela, impingindo-lhe insegurança no exercício do poder disciplinar. E pior, aumenta-se a sensação de vulnerabilidade quando, além do julgador, os fiscais são exclusivamente civis, pois o ato militar sempre terá um cunho de rigor acima daquele tolerado pela sociedade, mas nem sempre será compreendido pelo órgão de fiscalização de que é uma medida necessária para a manutenção da ordem da instituição militar.

É oportuno fazer um esclarecimento: não se propõe com esses argumentos a ampliação da competência da Justiça Militar, muito menos acoimar de ilegítima as decisões dos juízes federais. O estudo apenas enfatiza um caso de controle inconveniente, a saber, o efetuado com base em princípios e, por isso, aparenta aumentá-lo de modo a permitir mais fácil observação.

3. LIMITE ESPECÍFICO: DA IMPOSSIBILIDADE DE O JUIZ FEDERAL SANCIONAR O MILITAR COM A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA PREVISTA NO ART. 12, INCISO III, DA LEI N.º 8.429/1992.

De início, vale destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho. Explica ele que, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível afirmar que as sanções não precisam ser todas cumuladas na punição do ímprobo. Compete ao juiz fixá-las, podendo excluir aquelas que significarem reprovação exagerada da conduta.

Ademais, ensina o autor que a sanção não pode encontrar obstáculo no regime jurídico que rege o cargo público. Assevera:

A sanção de perda da função pública não é irrestrita; ao contrário, exige adequação ao regime jurídico-político ao qual estão sujeitos certo agentes públicos.²⁰

Por óbvio, não apenas os agentes políticos têm regime especiais. Eles são apenas os mais notados, em razão da evidência de que gozam as decisões do e. STF. Porém, não se pode esquecer, ante a falta de debate, o caso dos militares, os quais a própria Constituição imunizou da sanção da perda de função pública, prevista no art. 12, inciso III, da Lei n.º 8.429/1992. O art. 142, §3º, incisos VI e VII, são claramente impeditivos:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 1033.

VI - o oficial ***só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;*** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VII - o oficial ***condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;*** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Portanto, nenhum desses requisitos se faz presente na ação de improbidade administrativa para possibilitar ao juiz federal decretar a perda de posto ou patente²¹. A indignidade, incompatibilidade ou a pena privativa de liberdade dependem de decisão de Tribunal Militar para provocarem a perda da “função pública”.

Sobretudo em face da amplitude das ações de improbidade administrativa, parece ter a Constituição da República acertado. Na mesma linha de raciocínio exposta por Ives Gandra Martins, a medida se justifica porque *só os militares poderão compreender em profundidade os militares – e suas ordens – porque têm a mesma vocação. Por essa razão têm tribunais próprios.*²²

Tampouco, por via oblíqua, a de suspensão dos direitos políticos, poderia ocorrer a perda da patente e do posto. O motivo desta conclusão é o fato de que a sanção não é a perda de direitos políticos, mas, sim, suspensão. Aquela corresponde à perda da nacionalidade, ocorrida, p. ex., quando o estrangeiro renuncia a nacionalidade de um país para assumi-la em outro. No entanto, a suspensão de direitos políticos apenas atinge os cargos de representação dos Poderes nacionais, o que certamente não é o caso dos militares, cujos comandantes perderam o *status* de ministro para restar incontroversa a ausência de natureza política de quaisquer de suas funções. A sanção só alcança, pois, direitos correlatos ao voto, à elegibilidade, à

²¹ A despeito do dispositivo transcrito, parece-me que, quando a improbidade for consubstanciada através de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, não haverá maiores dificuldades na avaliação do ato militar e, por conseqüência, tampouco na aplicação da sanção de perda da função pública.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas. Revista IOB de Direito Administrativo – v. 01, n. 11, nov. 2006. p. 10.

ocupação de cargos de representação dos Poderes, uma vez que afetos ao direito eleitoral.²³

Firme nesses argumentos, é possível concluir pela inconstitucionalidade da aplicação da sanção de perda da função pública, direta ou indiretamente em ação de improbidade administrativa, não só para agentes políticos submetidos aos processos por crime de responsabilidade, como vem entendendo o e. STF, mas também para militares, porquanto apenas os tribunais militares detêm competência para verificar em que medida a ordem e a conduta do militar, embora repelidas na vida civil, possam ser incompatíveis com a dignidade da missão e com os princípios das Forças Armadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de recorrer à Justiça, sobretudo, à não especializada, tal como vem sendo difundida no meio militar, através das constantes sentenças desfavoráveis às decisões dos comandos dos órgãos das Forças Armadas, tem um significado material perigoso. Essa “politização questionadora” é justamente a antítese do treinamento recebido nos quartéis: “missão dada é missão cumprida!”

O Poder Judiciário não pode ser visto como fuga do processo de formação de combatentes, os quais devem estar preparados para agir nas mais adversas condições. Evitar a difusão desta imagem é uma das finalidades deste estudo.

Bem assim, também tem por escopo fornecer alguns parâmetros para as intervenções judiciais, pois estas nunca se limitam a produzir efeitos no mundo jurídico. É justamente o efeito prático, aqui chamado de fator, o mais preocupante. Os magistrados precisam atentar para a repercussão de suas decisões.

Para auxiliar nessa atividade reflexiva, de todo o exposto, se três noções saírem suficientemente destacadas, este pretense artigo cumpriu sua missão. São elas: a) processos sobre questionamento de ordens militares trazem consigo uma carga do **fator desmoralizante** da autoridade perante a tropa, vulnerando o princípio da hierarquia. Além disso, estão acompanhados, na

²³ A distinção entre administração política e burocrática e as consequências da suspensão de direitos políticos pode ser encontrada na obra de Pinto Ferreira mencionada na bibliografia.

mesma medida, de fator **desestimulante** do uso do poder disciplinar; b) o controle judicial dos atos de órgão e entidades da Administração Pública adquire maior grau de legitimidade quando se concretiza como **controle esclarecido**, isto é, ultrapassa a abordagem da abstração normativa para alcançar certos elementos da realidade que não são apreendidos pela simples leitura de textos legais; c) por fim, a ação de improbidade não pode gerar, por inconstitucionalidade (art. 142, terceiro parágrafo, incisos VI e VII), a sanção de perda da função pública militar porque **a Justiça Federal não tem competência para avaliar as repercussões de uma decisão militar em face das missões e estratégias das Forças Armadas**.

Com a devida licença para adaptações, parece adequado difundir uma ideia já exposta pelo Exm.º Min. do col. Superior Tribunal Militar, General Conforto: ignorar as peculiaridades e objetivos militares e interpretar a legislação castrense à luz da legislação civil é fazer o trabalho desarticulador do inimigo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CONFORTO, Alves, A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. **STM em revista**, Brasília, v. 02, n. 02, p. 8-9, jul/dez. 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 01, n. 11, p. 7-26,
Revista VERDE-OLIVA: Exército Brasileiro. Brasília: Ano XXX, n. 177,
Jan/Mar, 2003.

TUTELA PENAL COLETIVA E CRIME ORGANIZADO¹

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza

Procurador Federal
Mestre em Direito Processual Penal pela
Faculdade de Direito da USP

RESUMO: A moderna criminalidade do século XXI afasta-se da clássica conceituação do tipo penal por seus inovadores meios de planejamento e cometimento de delitos, bem como pelo bem jurídico que visa a atacar. Partindo da constatação de que a proteção jurídica a bens individuais não mais é eficiente ante as novas formas de criminalidade, antevê-se que a evolução do direito penal caminha no sentido de incorporar em nível crescente a tutela dos bens jurídicos supra-individuais. Referidos bens jurídicos há muito são agasalhados pelas normas penais, mas apenas recentemente vêm sendo objeto de estudo e sistematização independentes, do que são exemplos a proteção do meio ambiente e a integridade e lisura da ordem econômica. A tutela dos interesses supra-individuais se dá, por um lado, pela adoção dos chamados crimes de perigo, que antecipam a sanção para o momento da conduta e não do resultado, dada a dificuldade em aferi-los nesses casos. Por outro lado, instrumentos processuais penais também podem ser eficazmente utilizados na proteção dos bens jurídicos coletivos, do que é um importante exemplo a aceitação de pessoas jurídicas como assistentes de acusação atuando em auxílio ao Ministério Público. Ao fim da análise, será sugerido que a ofensa a bens jurídicos difusos pode ser utilizada, em conjunto com outros citados pela doutrina, como um dos caracteres aptos a definir uma organização criminosa.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Quebra de paradigmas: do direito penal individual ao direito penal coletivo. 2. Bem jurídico e tutela penal. 3. Os bens jurídicos difusos. 4. Tutela penal material de bens jurídicos difusos: os crimes de perigo 5. Tutela processual penal de bens jurídicos difusos. 6. Crime organizado e tutela coletiva. – Referências.

¹ Trabalho apresentado em agosto de 2008 no VII Ciclo de Estudos Jurídicos da Justiça Federal em Petrolina, Pernambuco, sob a temática “A Justiça Federal e a tutela coletiva nas áreas cível e criminal”.

INTRODUÇÃO

O século que se inicia é permeado, no âmbito das ciências criminais, por intenso debate acerca dos fins e limites do direito penal. Questionam-se seus paradigmas clássicos, e cogita-se sobre sua aptidão para fazer frente às modernas formas de criminalidade.

Se é certo que não se pode abandonar os postulados básicos de um sistema penal democrático, fundado na teoria do bem jurídico, nos princípios da culpabilidade, da subsidiariedade e da ofensividade, também é certo que o apego a formas tradicionais de regulação de condutas, sem a necessária adaptação aos tempos atuais, pode acarretar perda de eficiência e ruptura do próprio sistema.

É nesse cenário que surge o embrião de uma nova abordagem do direito penal e, *pari passu*, do direito processual penal, focada não apenas na tutela dos bens jurídicos individuais, mas, também e especialmente, em interesses que afetam diretamente toda a coletividade: os bens jurídicos difusos ou supra-individuais.

Migrando de seu espaço mais bem conhecido e estudado, o da tutela coletiva no processo civil, é possível vislumbrar a presença e importância dos bens difusos também na seara penal, incumbida tradicionalmente de garantir a proteção aos interesses mais sensíveis da comunidade quando os demais meios inibitórios falharem. Essa perspectiva influenciará diretamente a concepção de bem jurídico penalmente relevante, com a abrangência de novas áreas do conhecimento que sequer poderiam ser imaginadas em tempo passado. Recrudescem, a fim de fortalecer o âmbito de proteção, os delitos de perigo, trazendo à tona os inúmeros problemas que essa modalidade de tipificação acarreta.

No processo penal, é possível identificar nítida tendência em realçar a tutela coletiva, prevendo-se, inclusive, a participação de entidades associativas como protagonistas da ação penal. A importância crescente da vítima no trâmite processual, com se vê pela recente lei 11.690/08², abre espaço para perquirições acerca de um novo processo penal em que, havendo ofensa a bens jurídicos difusos, terá cada vez mais presença a sociedade civil.

² Trata-se de lei que alterou as disposições relativas à prova no código de processo penal brasileiro de 1941. Faz parte de uma série de medidas visando a modernizar as disposições do código processual e que, na reforma empreendida em meados do ano de 2008, veio acompanhada da lei 11.689, que alterou as normas relativas ao tribunal do júri, e da lei 11.719, que alterou os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*, além de outras questões procedimentais.

Essa nova compreensão do sistema criminal pode ser utilizada, instrumentalmente, como útil fator epistemológico para o estudo do fenômeno da criminalidade organizada. Realidade cada vez mais presente nos dias que correm, o crime organizado ainda carece de conceituação precisa, o que dificulta as análises que o têm por objeto. Buscar-se-á evidenciar, a partir da tutela coletiva no âmbito criminal, que a ofensa a bens jurídicos difusos pode ser tida como uma das características determinantes para o reconhecimento de uma organização criminosa.³

1. QUEBRA DE PARADIGMAS: DO DIREITO PENAL INDIVIDUAL AO DIREITO PENAL COLETIVO

O direito penal passa por um momento de crise. Ao mesmo tempo em que é utilizado pelos órgãos estatais para implementar cada vez mais fortes e invasivas medidas de investigação e de repressão, é realçado, em especial pela comunidade jurídica, como celeiro das garantias individuais e recôndito de seculares princípios liberais que não podem ser escamoteados.

A criminalidade é fator regulador do sentimento de medo da sociedade civil, capaz de tolher uma política de segurança pública que tenha elegido a liberdade como primado.⁴ A situação de descontrole que se apresenta no campo da segurança pública afasta o direito penal e o processo criminal de seus misteres, mormente em face de um ordenamento jurídico que preza, ao menos ao nível constitucional, pela preservação dos valores civilizacionais modernos, como é o caso do Brasil.⁵ Está-se diante de um sério risco de encolhimento da democracia. A insegurança dos membros da comunidade atinge níveis tais que se admite até mesmo o recuo perante determinados valores fundamentais em troca de uma paz, se não plena,

³ Não se adotará, no presente estudo, a classificação tripartite preconizada pelo código de defesa do consumidor e pela doutrina civilística entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para fins penais, a referência a bens difusos, coletivos ou supra-individuais, indistintamente, é suficiente para destacar essa categoria dos bens individuais clássicos, sem descuidar da importância da distinção no campo do direito processual civil. Em sentido contrário, preferindo uma classificação dos bens jurídicos penais em bens de natureza individual, coletiva e difusa, SMANIO, Gianpaolo Poggio, O conceito de bem jurídico penal difuso, in Boletim de doutrina ADCOAS, São Paulo, v.7, n.20, out. 2004, p.394.

⁴ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 55-69, jan./mar. 1994, p.56.

⁵ CHIAVARI, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, jan./mar. 1994, p.25.

ao menos minimamente duradoura. É nesse momento de tensão que deve ser buscado o equilíbrio e, no cenário atual, ele há de contrabalançar a necessidade de segurança coletiva com a indispensabilidade dos direitos fundamentais. Nas palavras de Antonio Henriques Gaspar, em conclusão ao pensamento, “é precisamente em situações de crise que o respeito pelos direitos fundamentais se revela mais incisivo e exige maior vigilância”.⁶ É bastante apropriada a distinção que Hassemer realiza entre dois diferentes tipos de criminalidade, ambas afetando a sensação de insegurança corrente. A primeira classe de criminalidade seria a assim denominada *criminalidade de massas*, constituída por delitos violentos (roubos, homicídios, crimes sexuais) que afetam de maneira direta o cidadão-vítima. A segunda categoria seria a da *criminalidade organizada*, menos visível que a criminalidade comum mas altamente nociva. Para o jurista alemão, apenas se poderia falar em crime organizado quando houvesse contaminação de estruturas institucionais do Estado pelos agentes criminosos.

A classificação é importante porque permite identificar um fenômeno maniqueísta e corriqueiro no discurso da segurança pública que, sob um pretexto de combate às organizações criminosas, acumula instrumentos de repressão à disposição do Estado para combater a criminalidade de massas, que é comum e não organizada. Hassemer registra que a “manipulação do medo coletivo difuso”, sob a alcunha do combate ao crime organizado, tem servido como “abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes”.⁷

Se é verdade que o combate ao crime organizado demanda instrumentos penais e processuais de maior eficiência e, por conseqüência, com maior potencial de vulnerar direitos fundamentais se mal utilizados, não é menos verdade que o uso desse aparato especial para o combate à criminalidade comum viola, no mínimo, o princípio da proporcionalidade.

Em contraste à visão penalista clássica, propõe-se uma mudança de

⁶ GASPAR, Antonio Henriques. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). In: Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, ano 15, n.2, abr./jun. 2005, p.260.

⁷ HASSEMER, Winfried. Segurança pública..., cit., p.57-58. Também valem ser destacadas as seguintes passagens do artigo referido: “O medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações não só do poder de polícia, mas também do direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou não valem mais ou valem apenas limitadamente. (...) Quando uma ameaça nos parece particularmente intensa, nada mais é sagrado para nós, nem mesmo os direitos fundamentais” (p.60 e 62).

paradigma naquilo que por muitos é considerado a pedra de toque de qualquer sistema criminal legítimo: o bem jurídico tutelado.

Confrontado com uma realidade assaz mais complexa do que nos primórdios de seu desenvolvimento moderno, o direito penal deve evoluir de modo a conciliar em um sistema coeso e coerente tanto as necessidades de controle social (ou prevenção geral positiva) e os postulados de garantia, dos quais corre o risco de se afastar. E isso reporta, necessariamente, a uma nova concepção de bem jurídico que, para além dos valores individuais clássicos de proteção (vida, liberdade, propriedade), passe a englobar de maneira clara e sistematizada os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais. A partir desse reconhecimento, a ciência poderá estruturar novas bases para o direito penal quando tiver que lidar com as lesões ou riscos de lesão aos bens jurídicos mais caros à sociedade coletivamente considerada, quase sempre provocados por organizações criminosas.

A se manter estagnado, o direito penal deixará de cumprir sua função de último depositário do anseio coletivo na manutenção da paz social. Reproduz-se, em tom de vaticínio, o alerta de Jeffrey Robinson:

“Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX, que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais”⁸

2. BEM JURÍDICO E TUTELA PENAL

Bem jurídico, em sua acepção mais difundida, é um bem (utilidade, interesse) de importância fundamental para a comunidade ou para o indivíduo que, por seu significado social, é protegido juridicamente.⁹

No campo criminal, concisa e objetivamente, há de ser compreendido como fundamento e como limite do direito penal. Como fundamento no sentido de que é o pressuposto de existência do próprio sistema repressivo, ou seja, o direito penal tem como fim a proteção de bens

⁸ ROBINSON, Jeffrey. A globalização do crime. Rio de Janeiro : Ediouro, 2001, p.19.

⁹ WELZEL, Hans. Derecho penal Alemán: parte general. 11 ed. alemã, 4. ed. castelhana, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p.5.

jurídicos. Como limite porquanto a aceitação da teoria do bem jurídico torna ilegítima qualquer forma de sanção a condutas que não lesionem ou tendam a lesionar um bem jurídico.¹⁰ A noção de bem jurídico como base de um sistema repressivo democraticamente estruturado remonta ao Iluminismo. Foi no século XVIII que o pensamento liberal, contaminando as concepções políticas e, por consequência, as jurídicas, começou a formular as justificações teóricas para o poder do Estado, dentro do qual se insere o poder de punir. O expoente desse movimento foi o jurista italiano Cesare Beccaria que, em sua célebre obra “*Dos delitos e das penas*”, condensou a vontade de ruptura com o poder absolutista até então reinante. A justificativa para a sanção penal não poderia estar na violação de algum poder divino, ou na afronta ao poder do príncipe, mas deveria remeter a uma necessidade da comunidade.

Influenciado pela teoria do contrato social, escreveu Beccaria:

“A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”.¹¹

Inaugurada essa nova fase nas ciências criminais, foi questão de tempo até que se iniciasse a construção teórica do bem jurídico.

Superando a idéia de Feuerbach de que o delito consistia na violação de direitos subjetivos, Birnbaum foi quem primeiro deu caráter científico à concepção de que o direito penal deveria tutelar interesses de alto relevo da comunidade, embora ainda não tivesse cunhado a expressão bem jurídico.

Karl Ludwig Lorenz Binding, posteriormente, buscando traçar as bases desse instituto, trouxe a idéia de que “o bem jurídico não é reconhecido pela norma jurídica, mas, sim, se encontra estabelecido na norma jurídica, fazendo parte dela”.¹² De um ponto de vista estritamente positivista, o

¹⁰ Para as diversas classificações quanto à função do bem jurídico penal (teleológica, individualizadora, sistemática, axiológica, exegética, crítica, etc), vide compilação realizada por HAVRENNE, Michel François Drizul, *Imputação objetiva e bem jurídico difuso*, São Paulo, 2006, dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.41 e seguintes.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : Hemus, 2005, p.15.

¹² SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n.39, jul./set. 2002, p.127.

jurista alemão via o bem jurídico como criação do direito, e não como o reconhecimento de uma realidade natural preexistente que fosse passível tão-só de ser acolhida pelo ordenamento.

Contra esse entendimento postou-se Franz Von Liszt, para quem o bem jurídico não pode ser perfeitamente compreendido de uma ótica estritamente formal, sendo indispensável a identificação de seu núcleo material. As normas penais certamente garantem a proteção contra violações, mas “não são estas que criam o bem jurídico. Ao contrário, este já preexiste”.¹³ Essa concepção preconiza o valor do substrato material do injusto, que não poderia se resumir à norma penal, já que violação da norma não se confundiria com ofensa ao bem jurídico. Conforme assinalado por Gianpaolo Poggio Smanio, a escola positivista-naturalista de Liszt “traz um conceito material de bem jurídico, afirmando que este encontra sua origem em um interesse da vida, existente anteriormente ao direito, que surge das relações sociais, ou seja, é uma realidade protegida pelo direito”. E prossegue: “o interesse, portanto, não é gerado pelo ordenamento jurídico, mas sim pela vida”.¹⁴

Posteriormente, a evolução do conceito de bem jurídico-penal sofreu influência dos filósofos neokantianos, para os quais o bem jurídico não poderia se identificar com o interesse social, mas deveria ser apreendido de uma abordagem gnosiológica. Com a construção racional do bem jurídico passando para o ambiente metafísico, abria-se caminho para que a norma criasse tipos penais que tutelariam quaisquer assim denominados “bens”, haja vista a facilidade para se justificar a necessidade de proteção a interesses em um nível lógico-formal.

Em meados do século XX, Hans Welzel, na elaboração da teoria finalista da ação, retoma o conceito de bem jurídico como reflexo das relações sociais. Para o jurista alemão, “a proteção aos bens jurídicos proporciona uma manutenção dos valores ético-sociais presentes em uma comunidade. A missão primordial do direito penal consiste em assegurar a valia desses elementos, mediante a aplicação da sanção”.¹⁵

A compreensão do bem jurídico como garantidor de interesses caros ao corpo social se consolidou como a que melhor atribui legitimidade ao

¹³ HAVRENNE, Michel François Drizul, Imputação objetiva..., cit., p.33.

¹⁴ A tutela penal..., cit., p.128.

¹⁵ Hans Welzel, apud HAVRENNE, Michel François Drizul, Imputação objetiva..., cit., p.35.

sistema criminal, integrando o injusto penal e servindo como pressuposto para a aplicação da sanção. Dessa acepção material de delito Claus Roxin deriva importantes conseqüências, como a exclusão das meras imoralidades e das infrações de normas administrativas do âmbito do direito penal.¹⁶

Nesse passo, é de se perguntar: quais os parâmetros para a eleição, pela norma penal, dos bens jurídicos a serem tutelados? Vale dizer: haveria condicionantes ao legislador no momento de escolher o objeto de proteção do direito penal?

Em face desse problema, Roxin reconhece a existência de restrições normativas prévias à positivação de bens jurídicos, e elas derivariam unicamente da constituição. Tendo sido a carta política aceita pela comunidade como depositária de seus valores e aspirações, os interesses sociais mais importantes aos cidadãos estariam plasmados nos princípios constitucionais, e seriam estes os parâmetros indispensáveis na escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados.¹⁷O legislador penal não poderia criar tipos penais arbitrariamente, mas deveria extraí-los das normas constitucionais.¹⁸Nas palavras de Luciano Feldens,

“a decisão política de que se cogita *não reside de forma incondicionada nas mãos do legislador ordinário*”, o qual absolutamente não dispõe de uma liberdade irrestrita de conformação. Balizas existem, fixadas que foram pelas diretrizes concebidas na ordem constitucional instituidora do Estado democrático de direito”.¹⁹

Certamente isso não significa que a cada tipo penal deva corresponder uma norma constitucional específica, sob risco de engessamento do sistema. Os princípios constitucionais, em realidade, atuam como diretriz político-criminal (Roxin) e norteiam a atividade do legislador infraconstitucional, traçando as balizas daquilo que o constituinte originário estabeleceu como valores fundamentais do Estado. Nesse sentido, é de curial importância a

¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid : Civitas, 2001, p.53.

¹⁷ Derecho penal..., cit., p.55-56.

¹⁸ Com opinião diversa SMANIO, Gianpaolo Poggio, A tutela penal..., cit., p.138 e seguintes.

¹⁹ FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p.42.

dinamicidade do conceito de bem jurídico, que assume “feição mutável, compatível com o passar do tempo e a evolução da ciência jurídica”.²⁰

Em tempo presente, a mutação que se vislumbra é o avanço da teoria do bem jurídico sobre o campo dos interesses supra-individuais.

3. OS BENS JURÍDICOS DIFUSOS

A evolução das ciências criminais vem revelando que a proteção tradicionalmente assegurada pelo direito penal não se adapta às necessidades atuais do mundo globalizado. São cada vez mais comuns os perigos advindos de uma sociedade de risco, em que os sujeitos históricos do delito (ativo e passivo) se diluem em grandes corporações, nas massas de indivíduos e nos sistemas de poder que tornam ineficientes os tradicionais mecanismos de controle social.

Essa realidade advém, por um lado, das novas atividades desenvolvidas pela sociedade pós-industrial, com a massificação da produção e do comércio, das atividades extrativistas, do fluxo contínuo de pessoas e de bens; e, por outro, da crescente preocupação da comunidade com interesses até pouco tempo inexistentes, como a atenção a um meio ambiente equilibrado ou à saúde financeira dos mercados de bens e de capitais.

Os Estados soberanos, visando a recuperar a capacidade de reagir aos riscos apresentados por essa sociedade globalizada, elaboram e aperfeiçoam continuamente mecanismos jurídicos de controle para assegurar a estabilidade das relações sociais. É daí que surgem e se justificam as organizações internacionais de regulação, como a Organização Mundial do Comércio e a Organização Internacional do Trabalho, os Tribunais internacionais contenciosos ou de arbitragem e os tratados de cooperação internacional. No âmbito interno, os países cada vez mais estruturam agências para regulação e combate a desvios em searas como o meio ambiente e o mercado financeiro, em especial visando a protegê-los da ação de organizações criminosas.

É nesse cenário que ganham corpo os bens jurídicos difusos, cujo interesse é deslocado da pessoa do indivíduo para toda a coletividade. Não apenas os bens historicamente protegidos pelas normas penais continuam a ter importância, como também são agregadas novas classes de interesses

²⁰ HAVRENNE, Michel François Drizul, Imputação objetiva..., cit., p.35.

à ordem jurídico-penal, das quais o meio ambiente e a ordem econômica são os principais expoentes.²¹ Jescheck, em uma acepção moderna, propõe a classificação dos bens jurídicos do seguinte modo:

“Há bens jurídicos da pessoa individual (bens jurídicos individuais) (v.g. a vida, a liberdade, a propriedade), entre os quais formam um subgrupo os bens jurídicos personalíssimos (v.g. a integridade corporal e a honra), e bens jurídicos da coletividade (bens jurídicos universais) (v.g. a proteção dos segredos de Estado, a segurança do tráfego viário e a autenticidade do dinheiro).²²

Embora a doutrina ainda não tenha alcançado um conceito hermético e definitivo de bem jurídico, é de se destacar que, em essência, o bem jurídico é uno, sendo que a classificação entre bens individuais e supra-individuais tem por escopo uma melhor operacionalização dos sistemas processual e penal material, dadas as relevantes diferenças de caracteres entre aqueles. Assim também alguns delitos que se definem como ofensivos a bens difusos são há muito conhecidos, mas costumam ser abordados através das concepções clássicas de direito penal. Essa preocupação é manifestada por Jorge de Figueiredo Dias, ao rejeitar uma “ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais”.²³

Os bens jurídicos difusos ou supra-individuais diferem dos tradicionais bens jurídicos individuais por atingirem um grande número de pessoas ou a coletividade em si considerada. Muitas vezes sofrem ataques por meio de ações ilícitas empreendidas através de pessoas jurídicas. São, por exemplo, os crimes do colarinho branco praticados contra o sistema financeiro, os crimes contra o consumidor ou a economia popular, os crimes contra o meio ambiente, contra os sistemas de informação, os crimes contra a ordem política. Em todos esses, exemplos fica claro não se constatar um sujeito

²¹ Ivete Senise Ferreira observa: “Daí porque a tutela penal ambiental surge como uma das atuações prioritárias do Estado organizadas em torno dos interesses difusos da sociedade, objeto da atenção maior do legislador para o aperfeiçoamento do sistema legal, preventivo ou repressivo, que no direito penal moderno procura atender aos anseios de criminalização ou descriminalização de certas condutas, de acordo com a sua relevância ou atualidade (Tutela penal do patrimônio cultural. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p.69).

²² JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. 4 ed. Granada : Comares, 1993, p.234 (tradução livre).

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p.74.

passivo definido, podendo, eventualmente, também existir.²⁴

Assim que a ordem econômica e o meio ambiente, dentre outros, são dois dos principais bens jurídicos difusos e os que têm sido mais vulnerados atualmente. Encontram seu fundamento na constituição federal²⁵, e sua proteção penal em diversas leis ordinárias, dentre elas a que define os crimes contra o sistema financeiro²⁶, contra a ordem tributária²⁷, a lei de lavagem de dinheiro²⁸ e a lei de crimes ambientais²⁹.

Ainda tangenciando a fundamentação constitucional do bem jurídico, é de se cogitar ser possível falar em imposições constitucionais de criminalização, ou seja, se existem valores de alta relevância para a constituição que impõem ao legislador ordinário o dever de tutelar determinados bens jurídicos por meio da norma penal. Claus Roxin aborda o tema com o seguinte questionamento: o legislador pode estar obrigado a sancionar penalmente lesões a bens jurídicos?

Embora reconheça a existência de diretrizes político-criminais de criminalização pautadas pela constituição, Roxin prefere manter-se cauteloso quanto a afirmar ser possível identificar um dever do legislador em tipificar determinadas lesões ou risco de lesões a bens jurídicos. Registra ser do “prudente critério do legislador decidir se quer proteger um bem jurídico penalmente ou com meios de direito civil e de direito público”.³⁰

Contrastando essa opinião, Luciano Feldens, com base no magistério de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, defende a existência de *zonas de inequívoca danosidade social*, que surgiriam quando fosse possível extrair da constituição um direito fundamental a uma tutela penal. O argumento do autor é o seguinte: admitida a fundamentação constitucional dos bens jurídicos, dentre todos os valores albergados pela norma superior do Estado aqueles mais sensíveis aos interesses da comunidade (em especial os bens jurídicos supra-individuais) gerariam uma imposição legislativa

²⁴ Identificar o sujeito passivo nesses casos como sendo o Estado, “personificação” dos interesses da comunidade, não contribui para a evolução analítica do problema, pois o jogo de palavras tira o foco dos verdadeiros prejudicados (os membros do corpo social) e dificulta a formulação de soluções baseadas nesse discrimen fundamental, a natureza difusa das pessoas afetadas.

²⁵ Art.170 e seguintes e art.225.

²⁶ Lei 7.492/86.

²⁷ Lei 8.137/90.

²⁸ Lei 9.613/98.

²⁹ Lei 9.605/98.

³⁰ ROXIN, Claus. Derecho penal..., cit., p.64.

de criminalização. Esse ponto de vista passa pelo reconhecimento de que a constituição protege não apenas os direitos individuais fundamentais, mas também os direitos supra-individuais, exigindo dos cidadãos, em contrapartida, alguns *deveres coletivos*.³¹

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, nesse passo, assevera:

“É verdade também que, face a uma conduta com dignidade e carência de tutela penal, a atitude do legislador deverá ser a criminalização, pois, provados estes pressupostos, se não criminalizar tal conduta, estará a desproteger um bem fundamental que não obtém tutela suficiente por outro meio e em relação ao qual o direito penal era capaz de conferir protecção”.³²

Nesse sentido, exemplos são encontrados na constituição brasileira. Veja-se que o artigo 5º da carta, tradicional rol de proteção de direitos individuais, nem por isso deixa de impor deveres ao legislador infraconstitucional, ao prever que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível; que lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos; que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.³³ Além disso, a constituição traz norma impositiva em relação aos delitos praticados contra a criança e o adolescente.³⁴ Especificamente em relação ao meio ambiente, bem difuso por

³¹ FELDENS, Luciano. Tutela..., cit., p.94-98. Em outra passagem, assim registra o autor: “os crimes assim chama-dos do “colarinho branco”, de que são exemplos eloqüentes a sonegação fiscal, a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro, etc., são aqueles que, ao lado dos delitos (que atentam diretamente) contra a vida e também daqueles ou-tros que de uma forma ou de outra tolham (também diretamente) a liberdade e a dignidade do indivíduo, merecem uma especial reprovação, por lesarem de forma real – em não apenas potencial – a sociedade brasileira, atentando, inclusive, contra os mais caros objetivos e fundamentos do Estado democrático de direito, dentre os quais sobressai-se a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CRFB). A esses delitos há se reservar, como imposição lógica, as mais graves sanções propiciadas pelo sistema de direito penal, juntamente com aqueles que tangenciam a própria condição humana, em seus atributos físicos (incolumidade da vida e da saúde) e morais (dignidade) (p.88).

³² Apud FELDENS, Luciano. Tutela..., cit., p.98.

³³ Respectivamente, incisos XLII, XLIII e XLIV.

³⁴ Art.227, §4º, CF/88: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adoles-cente”.

excelência, prevê-se expressamente a necessidade de tipificação penal de condutas lesivas.³⁵ A aceitação de imposições constitucionais de criminalização é admissível tanto do ponto de vista zetético como dogmático. A obrigatoriedade de tipificação de delitos extraída diretamente da constituição não viola o princípio da subsidiariedade do direito penal, pois nesse caso a valoração da necessidade de proteção do bem jurídico por norma penal já foi realizada pelo constituinte, cabendo ao legislador penal apenas a estruturação do crime.³⁶ Dogmaticamente, os exemplos arrolados são a comprovação de que não se exclui, em absoluto, a existência das cognominadas zonas inequívocas de danosidade social.³⁷

Corroborando esse ponto de vista, Hassemer destaca que os bens supra-individuais abrangem áreas de tamanha sensibilidade que têm o condão de atrair o direito penal não como *ultima ratio*, mas como *prima ratio* para o fim de sua proteção. É tamanha a vulnerabilidade da comunidade perante condutas efetiva ou potencialmente lesivas a esses bens difusos que sua proteção carece de extrema proteção, tal como os valores mais caros para o indivíduo isoladamente considerado (vida, liberdade, incolumidade corporal), clamando pela proteção penal. Assim se expressa o jurista alemão:

“Nestas áreas se espera a intervenção imediata do direito penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal é

³⁵ Art.225, §3º, CF/88: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

³⁶ Nesse sentido também a asserção de Gianpaolo Poggio Smanio: “O critério pelo qual são impostas as obrigações constitucionais não é outro senão a relevância do bem jurídico, que se traduz na necessidade de sua tutela penal” (A tutela penal constitucional, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 10, n.39, jul./set. 2002, p.141).

³⁷ Evaristo de Moraes Filho assim pontua: “É uma curiosa coincidência que esse movimento da intervenção mínima tenha ganhado incremento exatamente na fase em que o direito penal está se democratizando, exatamente na fase em que o direito penal está deixando de alcançar tão-somente aqueles delinquentes etiquetados seletivamente, que constituem a clientela tradicional do sistema repressivo. Na hora em que o direito penal começa a se voltar contra uma outra clientela, a que pratica os crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, fala-se em descriminalização, despenalização, desjudicialização” (Conferência sobre “crimes contra a economia popular”, Direito penal dos negócios, coletânea de vários autores publicada pela A.A.S.P., 1990, p. 110, apud CARVALHO, Márcia Dome-tila Lima de, Da fundamentação constitucional do direito penal e da relevância do crime econômico e ambiental, São Paulo, 1990, Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.110).

simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. (...) Já não se trata mais de proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou a credibilidade de nossa política externa”.³⁸

Sem ignorar os problemas que decorreriam dessa opção, Hassemer propõe a construção de um novo ramo do direito, que seria denominado “direito penal de intervenção”. Ele estaria situado entre o direito penal e o direito administrativo, uma vez que reconhece as formas penais clássicas como inapropriadas para as modernas práticas delitivas, ao mesmo tempo em que não poderia prescindir de meios eficientes de controle não ofertados pelo direito administrativo. Abrindo mão da pena privativa de liberdade, o direito penal de intervenção poderia se dedicar exclusivamente à tutela dos bens supra-individuais, combatendo em especial a criminalidade econômica e ambiental, com ferramentas mais céleres e eficazes, sem o risco de que o direito penal tradicional retroceda em importantes garantias do indivíduo no campo da criminalidade clássica.³⁹

Enquanto não se resolve esse intrincado problema entre direito penal clássico e criminalidade organizada moderna, quiçá por meio de um novo ramo do direito, trabalhe-mos com o instrumental jurídico atualmente disponível para a proteção dos bens jurídicos difusos.

³⁸ HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Porto Alegre : Escola superior do Ministério Público, 1993, p.47-48.

³⁹ Cezar Roberto Bitencourt, com a mesma preocupação, assim se posiciona: “Concluindo, o direito penal não pode – a nenhum título e sob nenhum pretexto – abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho. Por outro lado, não estamos convencidos de que o direito penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento eficiente para combater a moderna criminalidade, inclusive a delinqüência econômica. A insistência de governantes em utilizar o direito penal como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população, e o máximo que se conseguirá será destruir o direito penal se forem eliminados seus princípios fundamentais. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criação de um direito de intervenção, para o combate da criminalidade moderna, merece, no mínimo, uma profunda reflexão” (Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.127).

4. TUTELA PENAL MATERIAL DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS: OS CRIMES DE PERIGO.

A proteção penal aos bens jurídicos difusos demanda a admissibilidade dos delitos de perigo, em especial na modalidade de perigo abstrato.

Conforme se analisou, a legitimidade de um sistema penal em um contexto democrático passa necessariamente pela aceitação da teoria do bem jurídico. Os princípios da lesividade ou ofensividade são os corolários dessa afirmação: apenas poderá existir sanção caso haja lesão efetiva ou risco de lesão a um bem jurídico. Todo o resto seria manifestação de uma opressão estatal arbitrária, não fundada em um sistema garantista.

Se a concretização do princípio não gera maiores dúvidas em relação aos crimes de dano, nos quais é fácil constatar a lesão ao bem jurídico e, portanto, justificar a aplicação da sanção, a questão se torna nebulosa quando se adentra a categoria dos crimes de perigo. Nesses casos, seria dispensável a efetiva ocorrência do dano para a imputação da responsabilidade, bastando ser aferido o risco de sua ocorrência. Todavia, até que ponto, ou em que medida, seria legítima a criminalização desse risco?

A polêmica remete ao embate entre os chamados crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Para os defensores de um direito penal com viés garantista, com primazia dos direitos individuais, quando muito apenas os delitos de perigo concreto seriam admissíveis. Nesse caso, seria indispensável identificar na conduta do agente a efetiva criação de um risco não permitido ao bem jurídico tutelado. Via de regra, o bem jurídico vem descrito no próprio tipo penal (por exemplo, dirigir embriagado expondo a risco potencial a incolumidade do trânsito de veículos).

Os crimes de perigo abstrato, por sua vez, prescindiriam da comprovação de um risco efetivo de dano no caso posto em apreciação. Preenchido o tipo penal, estaria presumido o risco. No mais das vezes, o bem jurídico não chega sequer a integrar a descrição típica, servindo apenas como fundamento de sua criação (no mesmo exemplo, dirigir embriagado. Presume-se que essa conduta, por si só, gera um risco não tolerado pelo ordenamento jurídico, independentemente da exposição de algum bem a risco de dano no caso concreto).⁴⁰

⁴⁰ Foi a opção do legislador pátrio na alteração do art.306 do código de trânsito brasileiro, empreendida pela lei 11.705/08, ao descartar a necessidade de comprovação de um perigo concreto na condução de veículo automotor sob a influência de álcool. Primeiramente, transcreve-se a redação

A extensão a ser dada ao princípio da lesividade é que irá justificar a aceitação dos crimes de perigo abstrato ao lado dos delitos de perigo concreto. Essa interpretação passa, obrigatoriamente, pela maior ou menor relevância que se dê ao desvalor da ação em face do desvalor do resultado. Sobre esse ponto, transcreve-se o magistério de Claus Roxin:

“(...) tampouco se renuncia à exigência de proteção de bens jurídicos pelo fato de se destacar que o direito penal, com suas proibições, quer assegurar valores da ação (como o respeito à vida, à propriedade alheia, etc.). Isso é totalmente correto na medida em que a manutenção dos valores da ação serve para a proteção dos bens jurídicos a que os mesmos se referem. Somente está vedada a proteção de valores da ação (...) cuja referência não tenha referência alguma com um bem jurídico”.⁴¹

A preocupação de Roxin, com absoluta razão, é com a criação de bens jurídicos cada vez mais incompreensíveis, com figuras criminalizadoras cada vez mais amplas, capazes de trazer para o campo da ilicitude condutas inofensivas a quem quer que seja, indivíduo ou corpo social. A fim de evitar desvios dessa sorte, demanda-se o máximo de clareza tanto na descrição do tipo quanto na identificação do bem jurídico protegido.⁴² Além disso, o jurista sugere que um caminho seguro para a aferição qualitativa dos tipos penais de perigo passa pela preservação dos postulados tradicionais de imputação, em especial a exigência da manutenção da referência a um bem jurídico sempre e em qualquer caso.⁴³

Essa tendência preventiva do direito penal através da criação dos crimes de perigo também não passou despercebida de Francis Rafael Beck,

antiga: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Agora, a nova redação do art.306: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psico-ativa que determine dependência”.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p.60, tradução livre.

⁴² Problema usual que decorre do mau emprego dos crimes de perigo abstrato é o denominado “simbolismo penal”, típico de legislações de emergência, que tipificam condutas sem referencial a qualquer bem jurídico apenas para saciar o clamor social, na maior parte das vezes sem nenhum resultado prático a não ser o aumento da opressão policial.

⁴³ Citando Herzog, faz um alerta: “pôr em perigo o direito penal mediante o direito penal do pôr em perigo” (*Derecho penal...*, cit., p.60, tradução livre).

ao ressaltar que o medo causado pelo crime organizado faz com que “o direito penal passe a antecipar drasticamente a sua função repressiva”.⁴⁴ E, de fato, é exatamente disso que se trata: ao antecipar a punibilidade, o direito busca a preservação dos bens jurídicos antes que se consuma sua efetiva lesão, quando, já tarde, realmente apenas a função repressiva terá restado, pois a preventiva não teve a eficácia esperada. Não significa, como defende o autor em referência, uma via de “facilitação” da punibilidade, mas de necessidade de assegurar a determinados bens jurídicos o máximo de proteção. Veja-se, a propósito, que a punição do crime tentado desde muito é aceita sem maiores questionamentos, apesar de, no fundo, tratar-se de típico crime de perigo.

Ainda que não seja a melhor opção para a proteção dos bens jurídicos individuais clássicos, fato é que, ao se alçar os interesses supra-individuais à categoria de bens jurídicos difusos, evidencia-se a indispensabilidade da formulação dos delitos de perigo para sua efetiva tutela. Embora não se aceite em sua plenitude a corrente do direito penal funcional, é difícil deixar de vislumbrar o viés funcionalista dos crimes de perigo abstrato com vistas à preservação dos bens jurídicos difusos.⁴⁵

Nos casos que se costuma destacar, ordem econômica e meio ambiente, pois que os mais importantes, salta aos olhos a relevância dos crimes de perigo abstrato a fim de se tentar alcançar a efetividade do imperativo de proteção. Partindo-se da premissa de que a preservação desses dois setores é dever do ordenamento jurídico, inclusive da seara penal, não se consegue cogitar outro modo de abordar o problema que não através dos crimes de perigo. Como identificar o dano (ou perigo concreto de dano) em práticas ilícitas no mercado financeiro quando, por exemplo, não se consegue sequer aferir o prejuízo causado ou este é tão disperso que se torna impossível a quantificação das vítimas, nitidamente difusas? É o caso, por exemplo, do tráfico de informações privilegiadas no mercado de capitais, algo inimaginável alguns anos atrás. Pensando no meio ambiente, como mensurar o dano ambiental de práticas poluentes ilícitas que, conquanto

⁴⁴ BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias. São Paulo : IBCCRIM, 2004, p.101.

⁴⁵ Cezar Roberto Bitencourt, de forma concisa, assim define essa corrente de pensamento: “Funcional significa política de controle de condutas criminosas mediante instrumentos eficazes do direito penal” (Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.123).

não causem nenhum dano imediato ao ar ou às águas, ao longo dos anos terão impacto catastrófico para as gerações vindouras?

São infundáveis os exemplos de formas de agressão a esses novos bens jurídicos que, ao serem analisados do prisma do direito penal clássico, ou demandarão grandes contorcionismos teóricos ou quedarão desprotegidos diante da dificuldade para a aplicação da sanção penal. A exigência da comprovação do dano, ou do risco concreto de dano, em casos como tais, retira a eficiência de qualquer sistema repressivo que almeje atender aos mandamentos constitucionais de preservação do meio ambiente e da ordem econômica e social. É não apenas recomendável como imprescindível que os delitos de perigo sejam especialmente utilizados para tutelar os bens difusos por excelência, pois, ao ressaltarem o desvalor da ação com o referimento sempre presente ao bem jurídico, otimizam seu escopo protetivo sem romper com regras legítimas de imputação.⁴⁶ Raul Peña Cabrera, conquanto não comungue desse entendimento, resume bem essa necessidade: “trata-se de substituir os delitos de perigo concreto, pois a prova do perigo efetivo suscitaria, na prática, as mesmas dificuldades da prova de dano”.⁴⁷

Em suma, no âmbito do direito penal material, a formulação de crimes de perigo abstrato mostra-se, à falta de outro instrumento que assegure a possibilidade de dosagem de eficiência e garantia de modo mais equilibrado, a solução possível no atual estágio de desenvolvimento das ciências penais.

5. TUTELA PROCESSUAL PENAL DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS.

Não apenas o direito penal pode contribuir com a tutela dos bens jurídicos difusos, como também é de grande valia o instrumental apresentado pelo direito processual penal.

Embora não tenha a mesma tradição ou desenvolvimento teórico que encontra no processo civil, a tutela coletiva igualmente é possível de ser

⁴⁶ É nesse contexto que surge como proposta de solução a teoria da imputação objetiva, que tem como um de seus principais pilares o fator risco. Sobre o tema, veja-se o estudo de HAVRENNE, Michel François Drizul, *Imputação objetiva e bem jurídico difuso*, São Paulo, 2006, Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴⁷ CABRERA, Raul Peña. *El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.45 (tradução livre).

exercitada no curso de um processo criminal. E não apenas com referência à persecução de um delito que tenha afetado um bem difuso, mas com efetiva participação processual de entidades de caráter coletivo, com faculdades e ônus típicos de um sujeito processual.

Ilustrativamente, vale ser descrita a experiência do direito processual penal da Itália. Naquele país, enquanto na vigência do antigo *codice Rocco*, já se admitia a participação de entidades coletivas no processo penal. Como não havia regramento específico, equiparava-se a associação civil de finalidade social ao particular que tivesse sofrido um prejuízo em virtude do delito, fosse o ofendido ou não. Esse instituto era denominado “constituição de parte civil”, e permitia que, independentemente de processo autônomo na esfera cível, fosse desde já reconhecida e liquidada a obrigação de reparar o dano no próprio processo criminal. Admitia-se, por ficção, que a pessoa jurídica tivesse sofrido prejuízo por ofensa aos bens jurídicos que seus estatutos visavam a proteger. Embora não fosse o ideal, era o embrião da participação de entidades coletivas no processo penal.

Atualmente, com o advento do *codice di procedura penale* de 1988, ainda em vigor, há densa e específica regulamentação da participação de entidades coletivas no processo penal.⁴⁸ Não mais é preciso recorrer ao argumento da ofensa aos fins estatutários para a aceitação do ente coletivo no processo: a autorização parte do reconhecimento da necessidade de tutela do interesse público, objetivo que pode não estar sendo totalmente atingido pelo Ministério Público em virtude de carência de infra-estrutura ou de pessoal especializado em questões de alta complexidade.⁴⁹ A participação da entidade coletiva é denominada de “intervenção” e, pelas suas faculdades processuais, pode-se assemelhá-la à

⁴⁸ Trata-se dos artigos 91 e seguintes do código de processo. Transcreve-se o primeiro dos artigos: “Art.91. Gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato”.

⁴⁹ Como muito bem pontuado pelo jurista italiano Alberto de Vita, a aceitação das entidades coletivas no processo penal “é uma escolha radicada no conhecimento de que as exigências de tutela manifestada por uma sociedade civil rica e articulada não podem continuar a ser sintetizadas e expressadas exclusivamente pelo Ministério Público, órgão cuja ação monopolista cumpre uma vasta área, mas que pode resultar diluída, ou seja, intermitente e menos incisiva, em relação a possíveis acusações privadas: em um sistema acusatório que se move pelo pressuposto da ‘divisão do conhecimento’, um déficit dessa natureza seria ainda menos aceitável” (La tutela degli interessi diffusi nel processo penale. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, ano XL, fasc. 3, jul./set. 1997, p.847, tradução livre).

nossa figura do assistente de acusação. Para ingressar no processo, deverá ter a anuência do ofendido e, uma vez admitida, poderá exercer as mesmas faculdades processuais deste, como requerer e participar da produção de provas, interpor recurso ou até mesmo ingressar com ação penal subsidiária.⁵⁰

A experiência italiana no processo penal encontra-se em estágio de desenvolvimento bastante superior à realidade processual brasileira. Enquanto em nosso processo civil há normas e ações coletivas em profusão, não há tradição jurídica ou mesmo um conjunto de dispositivos que regulamente a participação das entidades que visam à proteção de bens difusos no processo penal.

A lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional (também conhecida como lei dos crimes do colarinho branco), traz um pouco conhecido dispositivo que caminha no sentido de incorporar as pessoas jurídicas como assistentes de acusação no processo penal. Trata-se de seu artigo 26, que prevê a assistência da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central caso os crimes recaiam sobre seu campo de fiscalização.⁵¹

Especificamente no que se refere à tutela coletiva por entidades da sociedade civil, o código de defesa do consumidor (lei 8.078/90) estabelece de modo expresso que será admitida a assistência em processo criminal, no caso de crimes previstos por aquela lei ou outros que envolvam relações de consumo, por parte das entidades associativas e até mesmo por órgão da administração pública não dotado de personalidade jurídica própria (caso de muitos Procons). Ressaltou o CDC, à toda clareza, a importância da tutela coletiva na fase processual da persecução penal, atuando ao lado do Ministério Público.⁵²

⁵⁰ Ainda segundo as observações de Alberto de Vita, os entes coletivos, “na maioria das vezes, não possuem algum título para exercer a ação ressarcitória, e por essa razão o código processual lhes atribui (e não ao ofendido) ‘um direito de estar no processo’ em posição diversa daquela da parte, mas com adequados poderes de produção probatória” (La tutela..., cit., p.850, tradução livre).

⁵¹ É o seguinte o texto do dispositivo: lei 7.492/86, Art. 26. “A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será pro-movida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 268 do código de processo penal, aprovado pelo decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização”.

⁵² Lei 8.078/90, Art.80. “No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assis-

Embora seja possível identificar essas duas previsões específicas, para crimes financeiros e delitos contra as relações de consumo, o código de processo penal em vigor não traz qualquer previsão no sentido de serem aceitas pessoas jurídicas como assistentes de acusação, que podem ser apenas o ofendido, seu representante legal ou sucessores. É possível imaginar que, em interpretação ampliada do art.80 do código de defesa do consumidor, também se admita a participação das entidades civis no processo penal como assistentes de acusação nos demais tipos de crimes contra bens difusos, embora se reconheça que o melhor caminho é contar com regramento específico, geral e não casuístico, no próprio corpo do código de processo penal.⁵³

Quando estiver consolidada a participação de entidades coletivas no processo penal, atuando como tutoras dos bens jurídicos supra-individuais ao lado do Ministério Público, será o momento de se pensar até mesmo nos benefícios de se proceder à reparação pelo dano coletivo nos próprios autos da ação penal, mormente após a nova redação do art.387, IV, do código de processo penal.⁵⁴ Nada impede, pois, que o dano ambiental, econômico ou social decorrente de delito ofensivo a bens difusos seja reconhecido e liquidado na própria sentença penal, passando-se diretamente para a fase de ressarcimento com a execução do julgado no juízo cível, de acordo com a nova redação do art.63, parágrafo único, do código de processo.⁵⁵

tentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal”.

⁵³ Veja-se, por exemplo, que o código de defesa do consumidor ressalta expressamente a possibilidade de ingresso com ação penal de iniciativa privada subsidiária para os crimes contra as relações de consumo. Caso não se admita essa mesma hipótese nos demais delitos que atentem contra bens difusos, não haverá qualquer sujeito passivo (pessoa física) legitimada a assumir a posição de ofendido e, por conseguinte, a manejar a ação subsidiária. No outro extremo, qualquer cidadão brasileiro poderia reclamar sua posição de ofendido e, portanto, estaria legitimado a pro-por a ação penal ou a ingressar no processo como assistente, revelando novamente a pouca adequação de institutos clássicos de direito para lidar com os problemas atuais.

⁵⁴ A lei 11.719/08 alterou diversos dispositivos do código de processo, entre eles o mencionado inciso que, a partir de 22.08.2008, passou a ter a seguinte redação: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.” Esse dispositivo tem levantado algumas questões interessantes como, por exemplo, saber quem é o legitimado a requerer o quantum indenizatório (ofendido ou Ministério Público) ou se o juiz pode ou deve fixar o valor de ofício, bem como se é cabível recurso apenas dessa parte da decisão.

⁵⁵ Art.63, parágrafo único, na redação dada pela lei 11.719/08: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do

A participação de entidades coletivas no processo penal, portanto, só tende a trazer ganhos na qualidade da prestação jurisdicional e na defesa da sociedade, quando esta vislumbrar que seus bens difusos tenham sido vulnerados.

6. CRIME ORGANIZADO E TUTELA COLETIVA.

As organizações criminosas tendem a ser os principais veículos de ataque aos bens jurídicos supra-individuais. De acordo com o paralelismo traçado nas primeiras linhas deste estudo, não se trata da criminalidade de massas que afeta o cidadão vítima de crimes violentos praticados por indivíduos ou bandos armados. A organização criminosa é dotada de uma nocividade social muito além dos crimes que assolam as grandes cidades de nosso país.

A conceituação de crime organizado ou de organização criminosa ainda gera acaloradas discussões, não se tendo chegado a um consenso doutrinário acerca de sua definição criminológica. No entanto, a fim de permitir um melhor estudo do objeto, costuma-se destacar as características comuns aos tipos mais conhecidos de organizações criminosas, o que, se não assegura uma pacificação terminológica, pelo menos permite uma aproximação conceitual.

Eduardo Araújo da Silva, estudando o crime organizado sob o enfoque do procedimento probatório, destaca as seguintes características das organizações criminosas: possuir estrutura piramidal, com alto poder de intimidação e corrupção, capaz de atingir grande acumulação de poder econômico, com conexões regionais ou internacionais e com necessidade de práticas de lavagem de dinheiro para legalizar o lucro obtido com as atividades ilícitas.⁵⁶

Os meios de investigação e de obtenção de prova utilizados no combate ao crime organizado provêm de novas formulações adequadas às modernas formas de perpetração de delitos. Além dos instrumentos tradicionais, surgem as técnicas de infiltração de agentes, a ação controlada, interceptação ambiental e colaboração processual.

No Brasil, a lei 9.034/95, com alteração empreendida pela lei 10.217/01, faz referência a organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.⁵⁷

caput do art. 387 deste código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido?

⁵⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: procedimento probatório. São Paul : Atlas, 2003, p.28-31.

⁵⁷ Lei 9.034/95, Art.1º. “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qual-quer tipo.”

Estabelecendo diversos procedimentos de investigação e de obtenção de prova, a lei, no entanto, não faz qualquer esclarecimento acerca do que vem a ser considerado como organização criminosa “de qualquer tipo”. Ao contrário, termina por equiparar os grupos que se enquadram nas características de crime organizado à tradicional figura da quadrilha ou bando, violando, por conseguinte, o princípio da proporcionalidade.

Data de tempo mais recente a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, cujo decreto que lhe deu executoriedade foi publicado em 15.03.2004.⁵⁸ Embora não seja da tradição de nossos operadores jurídicos valerem-se de tratados internacionais para a resolução de problemas concretos, fato é que se trata de norma plenamente em vigor e que tem a mesma eficácia de lei. É com base nesse contexto que se pode dizer que o Brasil detém, efetivamente, uma definição normativa de grupo criminoso organizado: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.⁵⁹

Uma primeira leitura dessa definição poderia levar-nos à mesma conclusão de equiparar as organizações criminosas à figura da quadrilha ou bando, tal como já havia ocorrido na lei 9.034/95. Ocorre que esse caminho vai de encontro à opção (que nos parece mais legítima e consentânea com um Estado de direito) de reservar meios especiais de combate ao crime às hipóteses realmente sérias de vulneração de bens jurídicos. Essa postura choca-se com o princípio da proporcionalidade, ao que Hassemer identificou como meios de combate de altíssimo calibre para o enfrentamento de um fenômeno que, por partir de uma definição por demais abrangente e vaga, não deixa muita coisa de fora.⁶⁰

Não se pode aceitar que o discurso de combate à criminalidade organizada tome amplitude maior do que as reais necessidades de mecanismos de controle para atingir seus fins. Inexiste justificativa, por exemplo, para a

⁵⁸ A Convenção foi aprovada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, tendo sido ratificada pelo Congresso Nacional em 29.05.2003 através do decreto legislativo n.º 231. Entrou em vigor para o Brasil em 28.02.2004, sendo o decreto executivo publicado no referido dia 15.03.2004, sob n.º 5.015. Em anexo a esta norma consta a versão em língua portuguesa do tratado.

⁵⁹ Art.2º, “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional.

⁶⁰ HASSEMER, Winfried. Segurança pública..., cit., p.58-59.

utilização de invasivos métodos de investigação para alguns delitos praticados por quadrilhas de forma pontual e sem grande potencial de lesividade, que sequer se aproximam de uma noção de organização criminosa.

É nesse contexto que o conceito de bens jurídicos difusos pode contribuir para o encaminhamento de uma solução no conflito entre meios de combate ao crime e garantia dos direitos individuais.⁶¹

Ao se admitir a existência de bens supra-individuais, com necessidade de proteção via tutela penal, é possível defender que um dos caracteres para a identificação de uma organização criminosa seja a prática de condutas ofensivas a bens jurídicos coletivos. A partir do momento em que se torne factível identificar a ofensa a um bem jurídico coletivo, então se estará aproximando do campo de abrangência do crime organizado, autorizando a utilização do aparato de repressão que lhe é próprio. Vem esse critério, assim, somar-se aos outros já desenvolvidos pela doutrina para a consolidação do rol de características que, ao serem gradativamente preenchidas pelo objeto em estudo, evidenciem tratar-se de uma organização criminosa.

Raul Peña Cabrera, com base nos ensinamentos de Costa Andrade, exemplifica de forma bastante elucidativa esse ponto de vista:

“freqüentemente, condutas em abstrato subsumíveis em previsões típicas de delitos clássicos, por exemplo, delitos contra o patrimônio, podem, em atenção às dimensões e impacto estratégico de seus danos, ou à agressividade dos meios empregados, converter-se – de acordo à idéia do caráter supra-individual de bem jurídico – em delitos contra a economia, como os danos que são ocasionados pela sabotagem econômica, ou as manipulações fraudulentas cometidas por meio de computadores”⁶²

⁶¹ Veja-se a seguinte passagem que endossa a linha de pensamento ora defendida: “o direito penal clássico encontra forte resistência para modelar a própria estratégia de prevenção e repressão do crime organizado, pois o modelo tradicional de ilícito penal era historicamente concentrado em um delito de evento ‘monosubjetivo’, lesivo de bens individuais. O crime organizado, pelo contrário, é por definição crime associativo, que pouco se exterioriza por meio de comportamentos lícitos, agressivos de interesses supra-individuais e imateriais, emergente de uma organização ramificada e presente no território graças à convivência dos poderes institucionais”. CASTALDO, Andrea R. La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.27, jul./set. 1999, p.19, apud SILVA, Eduardo Araújo, Crime..., cit., p.33).

⁶² CABRERA, Raul Peña. El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al codigo penal peruano). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.43 (tradução livre).

Vê-se, logo, que, se por um lado, bens jurídicos difusos podem vir a ser atingidos por condutas empreendidas por particulares, por outro lado será um dos caracteres para o reconhecimento de uma organização criminosa que suas condutas afetem um ou mais bens jurídicos coletivos. Desse modo, evita-se uma maximização do processo penal no setor que deve ser menos invasivo (dos crimes contra bens individuais) e permite-se um endurecimento dos meios de investigação e produção de prova quando o dano potencial possa afetar toda a comunidade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 5-24, jan./mar. 1994.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo : Hemus, 2005.
BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias. São Paulo : IBCCRIM, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, p. 118-127, jul./set. 1995.

CABRERA, Raul Peña. El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al codigo penal peruano). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, p. 36-49, jul./set. 1995.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Da fundamentação constitucional do direito penal e da relevância do crime econômico e ambiental. São Paulo, 1990. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CASTALDO, Andrea R. La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.27, jul./set. 1999. CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 25-36, jan./mar. 1994. FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

FERREIRA, Ivete Senise. Tutela penal do patrimônio cultural. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

GASPAR, Antonio Henriques. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). In: Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, ano 15, n.2, p. 257-265, abr./jun. 2005.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

_____. Três temas de Direito penal. Porto Alegre : Escola superior do Ministério Público, 1993.

HAVRENNE, Michel François Drizul. Imputação objetiva e bem jurídico difuso. São Paulo, 2006. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. 4 ed. Granada : Comares, 1993.

ROBINSON, Jeffrey. A globalização do crime. Rio de Janeiro : Ediouro, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid : Civitas, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: procedimento probatório. São Paul : Atlas, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual : interesses difuso. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 10, n.39, p. 125-147, jul./set. 2002.

_____. O conceito de bem jurídico penal difuso. In: Boletim de doutrina ADCOAS, São Paulo, v.7, n.20. p.393-394, out. 2004.

TAIAR, Júlio César. Ministério Público, sociedade e tutela penal dos direitos difusos. In: Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, v.3, n.28, p. 30-31, ago. 2000.

VITA, Alberto de. La tutela degli interessi diffusi nel processo penale. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, ano XL, fasc. 3, p. 838-865, jul./set. 1997.

WELZEL, Hans. Derecho penal Alemán: parte general. 11 ed. alemã, 4. ed. castelhana, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

INTEGRAÇÃO REGIONAL E DIREITO INTERNACIONAL LATINO-AMERICANO: UM ESTUDO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

Professora Adjunta, lotada no Departamento de Direito Público Especializado (UFPE)
Mestrado em Direito (UFPE), Doutorado em Direito (UFPE)

RESUMO: Diante das transformações requeridas pela necessidade de reordenação no pós-guerra, o regionalismo econômico merece destaque por implicar em novas abordagens jurídicas. Em termos de América Latina é de notar que há vertentes do regionalismo que remontam aos tempos de formação do Estado-nacional, fazendo-se apresentar um Direito Internacional de integração latino-americana. O estudo parte da Teoria Geral do Direito Internacional para investigar o regionalismo, utilizando fontes secundárias e pesquisa bibliográfica e pondera como considerações finais que existe um Direito específico para questões de regionalismo na América Latina.

Palavras-chave: Direito Internacional latino-americano; Regionalismo Econômico; Integração Regional

SUMÁRIO: Noções Gerais: a Nova Ordem Internacional e o Regionalismo. 1. O fenômeno do regionalismo nas origens da integração latino-americana. 2. Os fundamentos do disciplinamento jurídico do Regionalismo Econômico. 3. O Direito Internacional na integração latino-americana. Considerações Finais.

NOÇÕES GERAIS: A NOVA ORDEM INTERNACIONAL E O REGIONALISMO

As transformações surgidas a partir do pós-guerra (1945 do século 20) retomaram a discussão sobre a necessidade de estabelecimento de uma ordem internacional. Fatores como a inevitabilidade do processo de internacionalização da economia, evolução das comunicações e de transportes, além do estreitamento das relações entre Estados, demonstraram a urgência em ter regras válidas e reconhecidas como eficazes, meio para alcançar a normatização jurídica e garantir um mínimo de segurança das relações internacionais.

Ideia não exatamente original, por já constar de reconhecidas propostas de mecanismos asseguradores da paz (como o idealizado por Kant), o tema foi revisto a partir do esforço de reconstrução econômica da Europa, oportunidade encontrada para discutir sobre um sistema econômico internacional ou uma nova ordem internacional em debates e conferências, como as *Bretton Woods*, em 1944, consideradas um marco para o sistema econômico internacional.

Da série de conferências o resultado prático foi a criação de instituições como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), consideradas hábeis ferramentas na tentativa de normatizar a cooperação econômico-monetárias. Para as questões de comércio internacional os acordos multilaterais de negociação progressiva puderam ser alcançados pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1947. Postos em níveis mais amplos, tais instrumentos resultaram em uma ordenação específica, suporte para o sistema financeiro e monetário, cujos preceitos seriam postos acordos gerais.

Ainda que no período histórico do pós-guerra as atenções fossem dirigidas para a Europa, os incentivos estruturais imediatos e a declarada intenção de controle para evitar novo conflito armado serviram de inspiração para outras investidas e experiências, como as da América Latina. No caso específico da Europa, a proposta orçamentária de ajuda norte-americana conhecida como o Plano Marshall representou o elemento necessário para a efetivação do chamado regionalismo econômico.

É evidente que o regionalismo econômico constitui o mais seguro mecanismo para sistematizar as relações econômicas, exatamente por forçar

a participação dos principais atores do cenário internacional. Estes atores, os Estados, passam a atuar seguindo preceitos de sua diplomacia econômica de isolados ou associados e ordenados em organizações internacionais. Com compromissos firmados em acordos multilaterais, organizações internacionais como as Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial do Comércio (OMC) demonstram o necessário diálogo para sedimentar o regionalismo econômico.

Importante que se diga que o regionalismo econômico propõe a criação de um espaço econômico, um sistema econômico regional, mais precisamente a junção de Estados-nacionais de uma mesma região geográfica definida, próximos por conta de acordos internacionais já firmados. Em certo sentido podemos afirmar que regionalismo econômico sempre houve visto que Estados próximos geograficamente de modo costumeiro terem criado regras de contornos econômicos. Mas o termo regionalismo precisa um fenômeno próprio, resultado da experiência europeia do pós-guerra e identificado com proposta de integração econômica regional, cujos avanços são notáveis em termos econômicos e políticos, além de forçar uma revisão em termos de Direito, em geral, e, mais precisamente, em termos de Direito Internacional.

A ideia é que a integração econômica regional parte do princípio da proximidade geográfica para que sejam alcançados o desenvolvimento e o crescimento econômico, por meio de acordos internacionais firmados doravante por associações multilaterais. Esta perspectiva, importante para as Ciências Sociais, combina o fundamento das teorias desenvolvimentistas em processos de integração europeia que fornecem bases para as tentativas da América Latina das décadas de 50 e 60 do século 20.

Diferentes em aspectos históricos e estruturais, Europa e América Latina fornecem duas modalidades do fenômeno da integração econômica, indicando o regionalismo econômico como capaz de inspirar a criação de um conjunto normativo disciplinador de condutas entre Estados com efeitos na ordem jurídica interna e inovadores de estruturas do tradicional Direito Internacional.

É do regionalismo econômico que resultam formulações jurídico-normativas como o Direito Comunitário, de feição europeia, de um lado, e o Direito Internacional de Integração regional, voltado para questões latino-americanas, do outro. Interessa analisar o segundo, tendo em vista

as contribuições do primeiro para as conformações regionais, devendo ser anotado que há variadas modalidades de regionalismos latino- americanos.

1. O FENÔMENO DO REGIONALISMO NAS ORIGENS DA INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA

Tratar de regionalismo latino-americano é fazer referências às variadas concepções teóricas de América Latina, a fim de alcançar o significado de suas tentativas de integração no pós-guerra, mas cujo fundamento viria pelo menos meio século antes, no período de emancipação política.

A América Latina deve ser analisada em conformidade com quatro critérios: espaço geográfico, processo de colonização, características socioculturais, zonas de influência de determinadas potências hegemônicas, sendo seu surgimento na História de modo bem peculiar (MENEZES: 2007, 27).

Do ponto de vista territorial a ideia de América Latina compreende a porção do continente americano cujos limites são ao norte, entre fronteira dos Estados Unidos ao México, ao sul até os limites extremos da Argentina e do Chile, ao oeste porção banhada pelo Oceano Pacífico e a leste a região banhada pelo Oceano Atlântico. Ainda em termos de base territorial é possível notar uma subdivisão entre América do Norte, América Central e América do Sul, que pode ser completada com os históricos de colonização, interessando ao presente estudo a parte de formação hispânico-portuguesa, que comporta as características socioculturais.

A ideia de integração faz com que o termo mereça explicitação, dado que o termo integração possui variados significados, indo do mais amplo ao mais específico. Em sentido amplo pode ser compreendido como um acordo de vontades de Estados-nacionais para tratar de modo uniforme de questões comuns em áreas tão diferentes como econômicas, sociais, militares e científicas, sentido próximo da ideia de cooperação, congregando partes com diferentes graus de desenvolvimento econômico. Já em um sentido mais específico, integração é processo dinâmico, resultado de acordo político, com vistas a aproximar economias nacionais, sentido próprio da teoria econômica, prevendo as etapas e uma associação ou organização internacional a ser criada.

De modo mais preciso pode-se afirmar que INTEGRAÇÃO é fenômeno político, cuja opção ideológica requer Estado de direito, instituições democráticas, pois a finalidade ECONÔMICA é a meta a ser alcançada preferencialmente com o desenvolvimento REGIONAL.

Na América Latina as tentativas de integração, seguindo contornos econômicos, mais conhecidas são do pós Segunda Guerra Mundial, entre meados da década de 50 e início da década de 60, seguindo a prescrição dos mecanismos para o desenvolvimento econômico, reforçando a criação de um bloco ideológico. Compreensível a propensão a uma ideologia determinada porque configura a noção de sistema regional, resultado de um longo período de formação da chamada consciência de América latina, fundada no Pan-americanismo, o que nos leva a integração ou regionalismo a três diferentes fases.

A primeira fase ou etapa do regionalismo compreende o período datado do final do século 19 ao início do século 20, quando os temas de política internacional diziam respeito à emancipação política, objeto de alguns colóquios internacionais. O resultado foi um conjunto de regras e princípios discutidos em Congressos Pan-americanos e Conferências Interamericanas que guiaram a solução para questões comuns, como o emprego da arbitragem comercial para as controvérsias comerciais. É a primeira manifestação do Direito Internacional na América Latina, já especializado em termos de integração regional.

A segunda fase do regionalismo, denominada de político-institucional concentra nas associações fórum permanente de resolução de problemas comuns, muitas vezes antecipando as reflexões sobre o Direito Internacional. No período entre-guerras foi possível um debate sobre questões regionais e novas regras em acordos internacionais firmados. É a confirmação do Direito Internacional na América Latina.

Já a terceira fase do regionalismo, dos projetos de integração regional econômica, coincide com as mudanças do pós-guerra, de criação de associações de fins pacíficos, utilitários e desenvolvimentistas, algumas das quais com estreita vinculação política entre Brasil e Estados Unidos. Período da criação da Associação Latino-Americana (ALALC), em 1960, bem como compromissos políticos continentais, como a *Operação Pan-Americana* e a *Aliança para o Progresso*, que confirmavam a existência de laços estreitos entre as nações da América, mesmo com a visível necessidade

do governo norte-americano de permanecer ciente dos rumos a serem tomados ao longo do território americano.

Esta terceira fase é a que corresponde à integração econômica regional, tomando, a partir de 1946, os preceitos de teorias de que integração como resultado de um processo político de governos visando redução de barreiras que limitassem o comércio recíproco. A integração partiria de acordos multilaterais e acordos de cooperação, ressaltando-se que cooperação não seria sinônimo de integração mesmo que por meio de acordos cooperativos os projetos de integração pudessem ser efetivados. É que na INTEGRAÇÃO as desigualdades econômicas são ressaltadas para fins do projeto político a ser criado, tendo os membros do acordo situação de igualdade, algo que não acontece na COOPERAÇÃO, caracterizada por um acentuado vínculo de subordinação entre participantes. Ressalte-se, por fim, que modelos como área de tarifas preferenciais, área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e união econômica e monetária são próprios da integração regional.

Afirmar que o regionalismo na realidade latino-americana seguiu os preceitos de inspiração europeia não seria acertado. De fato, regionalismo e integração apresentam sentidos similares, além do *animus* associativo, favorecendo o surgimento de regras regionais. Todavia na América Latina o regionalismo tanto é herança da descolonização (ou dos movimentos de emancipação política das então colônias hispânicas) quanto das tentativas de integração política e econômica, sempre com um conteúdo jurídico próprio do Direito Internacional.

Este Direito Internacional de referência à América Latina adota princípios como o da solidariedade, da solução pacífica de controvérsias e de conflitos internacionais, muitos dos quais partem do núcleo de doutrinas latino-americanas. Inovam e especializam o Direito Internacional por tratarem de questões particulares, numa palavra simples, regionais.

O princípio contido na Cláusula Calvo é um exemplo. Trata-se de uma concepção do chanceler argentino Carlos Calvo em 1868, positivada na XI Conferência Interamericana de 1948. Trata-se de um mecanismo contrário à proteção diplomática, no qual as cortes nacionais seriam as únicas jurisdições para processar e julgar cidadãos estrangeiros, uma inovação à época.

Outra contribuição, a Doutrina Drago, tem origem em uma nota de protesto do Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Drago, em

1920, quanto às dívidas públicas de Estados ensejadoras de intervenção armada. Considerado como princípio de não intervenção, muitas vezes vem associado à Doutrina Monroe, por tratar da defesa de território de ações extraterritoriais, de importância foi consagrada na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) e na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Há outras doutrinas essencialmente latino-americanas, cujo conteúdo diz respeito às formas de reconhecimento de Estados latino-americanos, como a doutrina Tobar, de origem equatoriana, em 1907, sobre reconhecimento de governo revolucionário apenas com sufrágio universal; a doutrina Estrada, preocupação com a intervenção externa, e, a Doutrina Blum, que tratava de conclamar a solidariedade entre povos da América, algo que foi confirmado no Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), em 1947.

Tais doutrinas comportavam princípios que guiaram as alianças ou convenções latino-americanas, sendo responsáveis pela consolidação de regras e princípios comuns à América Latina, favorecendo um ambiente propício para as discussões de temas comuns e compilando um conjunto normativo, como as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs), valioso instrumento para os quais os processos de integração podem recorrer.

Isto nos leva a um regionalismo jurídico, a utilização de regras e princípios de Direito Internacional à realidade de integração econômica. Todo ajuste ou acordo firmado com fins de eficiência regional é posto em uma convenção internacional, utilizando princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, art.2º, considerados como fundamentais: a igualdade entre os pactuantes, a boa fé, a solução pacífica de controvérsias, a não intervenção, o respeito à autodeterminação dos povos e a cooperação. Isto significa dizer que a América Latina adota os princípios, com uma conotação própria, reforçando os laços de solidariedade regional propostos desde os primeiros colóquios internacionais.

Mesmo enfrentando as crises econômicas e o aparente pouco progresso em termos de liberalização comercial, algumas substanciais conquistas da diplomacia econômica reforçam o entendimento que houve uma evolução no regionalismo latino-americano. Exemplos disso, as associações de integração, como o MERCOSUL, são auxiliadas por conjunto de

normas regionais, demonstrando que o regionalismo jurídico é uma realidade.

2. OS FUNDAMENTOS DO DISCIPLINAMENTO JURÍDICO DO REGIONALISMO ECONÔMICO

Mencionar o regionalismo jurídico é demonstrar que há regras de Direito Internacional hábeis a regulamentar o processo de integração econômica, quer na modalidade associações ou quer na forma de comunidades regionais, expressões que embora com conteúdo similar diferenciam-se.

A associação congrega propósitos definidos em estatutos, sem maiores pretensões de uniformizar critérios internos, tão pouco firmar acordos limitadores de soberania estatal, ainda em construção (caso dos Estados latino-americanos). O resultado imediato é um Direito Internacional especializado para fins de integração regional, cujo exemplo pode ser tirado na América Latina.

Já a comunidade regional possui vínculos que tendem a ser mais fortes, necessitando de um arcabouço jurídico dotado de instâncias decisórias supranacionais. É o que a União Europeia sintetiza, viabilizando o regionalismo econômico e jurídico, consolidando um peculiar disciplinamento normativo.

O Direito Comunitário e de Integração Regional são apresentados como fórmulas regulamentadoras do processo de integração europeia, surgidas a partir da assinatura do Tratado de Paris, que estabeleceu a Comunidade do Carvão e do Aço (CECA) em 1947, bem como dos Tratados de Roma de 1952. Também diz respeito à vontade de soerguimento econômico do pós-guerra, meio para assegurar a paz (evitando novos conflitos armados entre França e Alemanha) e alcançar o desenvolvimento econômico em termos regionais.

Inovador no momento em que foi lançada, a integração europeia tem origens mais antigas do que poderia se esperar. Os acordos de cooperação comercial entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo (BENELUX) podem ser apontados como precursores da integração regional, sintetizando a ideia de um subsistema regional. Mais voltados para abertura de comércio multilateral, tais arranjos conseguiram suportar os revezes de conflitos armados e possibilitaram a entrada do grupo de Estados quase como o que seria dito como “bloco econômico”.

Neste sentido as regras criadas neste subsistema regional, próprias do contexto europeu, demonstraram a atualidade das reflexões sobre o regionalismo econômico e a noção de comunidade (regionalismo jurídico). Se, por um lado a economia necessitava de regras, atendendo ao desejo de construção de uma ordem econômica internacional, por outro, a fórmula de estabelecimento de um sistema em forma de comunidade demonstrou-se eficaz ao ponto de ser criada uma estrutura jurídica que lhe desse necessário suporte.

Para tornar-se efetivo ao Direito Comunitário foram consolidados os princípios da autonomia, do primado e da inserção do Direito Comunitário em ordenamentos jurídicos nacionais, forçando um compartilhamento de competências e reformulação do perfil de Estado nacional, bem como o Direito como um todo e exigindo nova percepção do regionalismo.

A ideia da autonomia do Direito Comunitário é que deva existir um direito diferente do nacional, por ser proveniente de uma fonte legislativa autônoma, sem que ordens jurídicas internas desapareçam. Já o chamado primado do Direito Comunitário resulta da criação e consolidação de jurisprudência calcada em critérios sistemáticos visando construir um mercado comum, afirmar um direito independente do direito nacional. É o indício para a efetividade ou efeito direto do Direito Comunitário, meio pelo qual a noção de comunidade regional ou sistema regional toma contornos definidos.

Em termos de conteúdo, o Direito Comunitário é visto pelas suas fontes, em três categorias: originária, derivada e complementar. O direito comunitário originário é aquele proveniente de tratados originário de integração, como o de Paris, instituidor da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e os de Roma, instituidores da então Comunidade Econômica Europeia (CEE) e da Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom), além de outros subsequentes. O direito comunitário derivado é o resultado da ação de instâncias comunitárias, sendo insertos em ordenamentos nacionais na forma de regulamento, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O direito comunitário complementar é resultante da ação política da integração, com destaque para o Conselho Europeu.

As regras do ordenamento econômico criado pelo Direito Comunitário irão regulamentar o processo de integração por meio de medidas de

complementação de economias visando alcançar o desenvolvimento econômico regional. A fórmula atende aos preceitos do que foi posto e negociado no GATT de 1947 sobre liberalização do comércio, cuja finalidade é a consolidação do mercado, com as liberdades de circulação dos fatores de produção.

Interessa analisar o exemplo europeu para compreender o mecanismo de disciplinamento normativo, útil à integração da América Latina. Todavia é importante destacar que a normatização pretendida deve tomar o modelo europeu, aperfeiçoando, para fins de integração, o Direito Internacional Americano.

3. O DIREITO INTERNACIONAL NA INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA

Para fins de integração latino-americana o Direito Internacional, também Americano ou Direito Americano, é o adequado para o trato da questão. Apresentando conteúdo e princípios específicos, é criticado pela aparente impropriedade da expressão “internacional americano”, que comportaria uma contradição do genérico e do particular em mesmo contexto.

Reflexo do chamado Regionalismo Jurídico, o Direito Internacional Americano tem origem em primeiros debates sobre uma comunidade ibero-americana, já em meados de 1834, por ocasião de debates sobre rumos das relações interamericanas (SEPULVEDA: 1975, 14). Vale ressaltar que a partir de 1844 os acordos firmados por nações latino-americanas atentavam aos princípios de um Direito Internacional próprio para a América Latina.

Considerando algumas das características da América Latina, Podestá Costa ponderou que na América princípios como o direito à independência, direito ao reconhecimento da beligerância, e direito a não intervenção têm conotação especial, em clara demonstração de um regionalismo diferenciado (PODESTÁ COSTA: 1960, 43).

Em estudos sobre a América Latina as diferenças estruturais imprimem um conteúdo diferenciado às regras específicas criadas para a região. É o que entendia o estudioso César Sepulveda (1975: 13) em reflexões que tomavam como válido um Direito Internacional peculiar ao continente americano, contemplando valores regionais e regras de expressão diferenciada, em evidente demonstração do regionalismo. O exemplo está nas Conferências Interamericanas, fontes de criação de um Direito Internacional Americano.

Juan Carlos Puig relacionou princípios e regras originariamente destinadas à aplicação na América que vivia constantemente sob ameaça de intervenção europeia. As peculiaridades do Direito Americano são enunciadas como normas fundamentais, a exemplo dos princípios de igualdade jurídica de Estados e a adoção de procedimentos pacíficos para a solução de conflitos.

Ainda é relevante lembrar que Mario Gomes de la Torre explicitou o alcance do Direito Americano, mesmo que restringindo sua aplicação ao campo do constitucionalismo, denominado de interamericano. Na análise fica clara a defesa do pan-americanismo como concepção mais abrangente, compreendendo o acordo regional, consequência dos esforços de políticos ou de diplomatas para alcançar uma união mais estreita entre membros (SEPULVEDA:1975, 27-29).

O estudioso argentino reconhece que há dificuldades no campo político de um relacionamento mais estreito entre as nações latino-americanas, mas não despreza as possibilidades de um intercâmbio de experiências em fórum de debates permanentes, fazendo referência às Conferências Interamericanas como fórmula de criação de normas de Direito Americano.

O Direito Americano, então, combina princípios da política regional com outros firmados em fóruns internacionais que podem ser considerados basilares para a integração regional, como o respeito mútuo pela soberania e independência, a igualdade dos Estados e o emprego do Direito Internacional, além da solução pacífica para disputas internacionais. Princípios presentes em praticamente todos os acordos internacionais firmados, como nas Conferências Interamericanas.

De modo pragmático, a indicação de solução pacífica de disputas internacionais utiliza mecanismos que variam de meios diplomáticos aos meios políticos, admitindo a possibilidade de meios jurisdicionais para solução dotada de efetividade (REZEK: 1984, 341).

A questão é que o entendimento de efetividade não será comum, visto que eficácia interna de acordos internacionais depende de vários fatores, como a internalização ou incorporação de regras jurídicas. Efetividade nem sempre foi e é aceita de imediato, por questões de Direito Interno, ou por questões conjunturais, pois o simples admitir que determinadas regras possam coexistir em mesmo nível de igualdade com regras nacionais

constitui um problema que ultrapassa a fronteira do Direito Internacional, estando circunscrito ao Direito Constitucional. E Constituições latino-americanas, muitas dotadas de rigidez, resultado de progressiva consolidação do Estado-nacional, não admitem processos céleres de incorporação de atos internacionais, especialmente se estes retiram de entes ou instâncias estatais competência para criar normas ou disciplinar, de outra maneira, condutas internas.

Nisso a inspiração do modelo europeu em um primeiro momento parecia nada contribuir para a formulação jurídica latino-americana, tão diferenciada. O Direito Americano possui contornos próprios, sedimentado pelos Congressos e Conferências Interamericanas dos quais resultaram primeiras codificações continentais (de Beviláqua e a de Zeballos), apropriadas para o regionalismo, para a integração regional.

Neste ponto, o Direito Americano, contrariando opiniões sobre a pretensa universalidade jurídica, representa o auxílio ao funcionamento de sistemas regionais, sendo a solidariedade patente, ensejando o espírito de união ou de associação. Em sistemas ou associações Estados latino-americanos contribuem à regionalização do Direito Internacional dito Direito Americano.

Este Direito Americano possui fontes próprias como o costume, os tratados regionais, as doutrinas americanas, as sentenças de tribunais arbitrais, as resoluções das conferências interamericanas, as resoluções de órgãos regionais e as tentativas de codificação do Direito Internacional na América. De força obrigatória tais fontes acabam por influenciar a criação de tratado ou acordo firmado entre nações, com força obrigatória de lei para os pactuantes.

O costume é a primeira das fontes de relevância para o Direito Internacional e para o Direito Americano em particular. Deve ser compreendido como a prática de determinado ato por um número de Estados, repetida por um considerável período de tempo, com consciência da obrigatoriedade de sua observância (SEPULVEDA:1975, 45). No Direito Americano há um conjunto de normas próprias, presentes em relações interamericanas, como o respeito ao asilo diplomático (Convenção de Havana de 1928) e um novo disciplinamento para plataforma continental, embasado em teorias sobre adjacência e contiguidade.

Os tratados regionais estão em segundo lugar. Se tratados, no sentido genérico, são apontados como fonte do Direito Convencional, do Direito Internacional já que estabelecem obrigações e criam normas, os acordos regionais criaram disposições normativas declarativas e contratuais. Neste ponto os tratados regionais comportam número de normas obrigacionais superior ao encontrado em tratados multilaterais, demonstrando a consequência principal do fenômeno do regionalismo jurídico, tendo em vista organizações regionais e as particularidades da região.

Em outro nível, também importante, estão as doutrinas americanas, de maior relevância se comparadas às de Direito Internacional. A ideia de que um conjunto de conceitos que é revisto por estudiosos reforça o próprio Direito ao atribuir-lhe uma relevância explicativa de conteúdos inicialmente políticos. A autoridade da doutrina legitimou posturas ou posicionamentos de governos americanos, sendo exemplo a Doutrina Monroe norte-americana ou a Doutrina Drago, argentina. Neste sentido, a opinião de estudiosos esclarece o conteúdo das regras e auxilia a aplicação do Direito Americano, incorporando novos conceitos à jurisprudência internacional. A doutrina não cria normas, as interpreta para que sua aplicação não seja afetada.

Ressalte-se, ainda, que diferentemente das doutrinas do Direito Internacional, tomado em termos gerais, as doutrinas americanas primam pelo regionalismo, fazendo registro dos conflitos entre Estados Unidos e a América Latina (FRIAS, 1942; KAPLAN: 1965; REUTER: 1965). Há elementos políticos, como o contido na teoria contra a intervenção europeia de Carlos Calvo, que entendia dever a igualdade entre Estados ser respeitada. O mesmo pode ser encontrado na Doutrina de Drago quanto à condenação à cobrança compulsória de dívidas contratuais é confirmada pela *jus imperii* dos Estados independentes.

Embora estas duas referências retratem as críticas contra o intervencionismo, as doutrinas americanas não evoluíram para acompanhar a evolução do Direito Internacional. Restaria o aproveitamento e adequação em favor do Direito Americano, regionalismo.

As sentenças de tribunais internacionais, também referidas como instâncias jurisdicionais ou vias arbitrais, são fontes de Direito Americano. Meio para solução de controvérsias ou conflitos internacionais seguem procedimentos conhecidos, legando decisões capazes de consolidar

o Direito Americano. A decisão fundada em norma internacional ou preceito regional enriquece a jurisprudência internacional, interpretando o conteúdo de norma costumeira. A sentença ao formar jurisprudência, com entendimento inovador sobre a questão em análise, influencia a doutrina de um Direito Internacional particularizado, ou regional.

Muitas das decisões utilizam-se das Conferências Interamericanas, também fontes de Direito Internacional Americano. Estas resoluções, declarações ou ainda recomendações constituem regras jurídicas criadas mediante especial processo legislativo, uma assembleia de Estados denominada de conferência, em que o espírito associativo e a busca de solução para problemas comuns legitimam o corpo legislativo instituído e confere ao resultado normativo validade necessária.

Sobre as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado cabem algumas considerações. O objetivo de todos os acordos firmados foi a sistematização de regras que indicassem, a partir de critérios estabelecidos, a lei aplicável, reconhecendo a soberania nacional como limite para aplicação de lei estrangeira ou internacional. Este é o motivo pelo qual muitos dos acordos firmados passaram anos para serem internalizados pelos Estados-membros. O tempo indica o período adequado às análises sobre a compatibilidade entre regras internacionais e internas.

Indicar e denominar de órgão político fundamental do sistema regional as Conferências Interamericanas ressalta a importância das discussões doutrinárias sobre as propostas de regras de convenções regionais que irão influenciar legislações nacionais, mais ainda quando em sistemas, como o brasileiro, é necessário um ajuste entre regras novas e antigas.

O registro histórico demonstra que graças às Conferências Interamericanas várias regras jurídicas foram estabelecidas, dentre as quais a de respeito à autodeterminação dos povos, da igualdade de direitos a estrangeiros e nacionais e de solução pacífica ser encontrada para demandas, mediante a arbitragem, além de outras mais específicas.

Não contando com apoio da opinião pública, tão pouco com estudo por parte da doutrina para esclarecer o conteúdo dos preceitos muitas das regras do Direito Americano deixaram de ser reconhecidas como possibilidade de regionalismo. Coube aos organismos regionais ações similares para acentuar o espírito associativo, instituindo fóruns para discussão de

problemas comuns e contribuir com as resoluções para o desenvolvimento do Direito Americano.

Assim, vale lembrar, da experiência BENELUX, que em contexto europeu demonstrou bons resultados em termos econômicos e políticos. O incentivo às associações, quer em organismos regionais e conferências interestatais (BERTIOL: 1968, 34), pode fornecer continuidade de ação e âmbito de eficácia territorial.

Os organismos regionais possuem órgãos consultivos e deliberativos, cujas atribuições envolvem a permanente produção de normas e resoluções, caracterizadas como obrigatórias e de aplicação imediata, um direito das organizações regionais, espécie do Direito Internacional. Já as organizações inter-regionais aplicam o direito regional (em nosso estudo, o Direito Americano), além de princípios do Direito Internacional em termos gerais, embora não cheguem a criar um direito específico, não obstante preceitos que os consagraram.

Como exemplo mais expressivo de organismos regionais latino-americanos temos alguns de feições político-institucionais, criadores de normas e resoluções, como a Organização dos Estados Americanos (OEA) e os organismos de integração, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

Objetivando a formulação de regras capazes de assegurar a paz e a segurança do hemisfério a OEA é uma curiosa experiência de união para fins políticos com bons resultados na esfera jurídica, tendo as regras das CIDIPs uma grande contribuição para o Direito Americano

As questões econômicas e sociais também foram apreciadas na OEA, mesmo havendo peculiar tratamento de questões no âmbito de organizações regionais de integração econômica, como a ALALC e a ALADI. Se as CIDIPs da OEA disciplinavam compra e venda de mercadorias e tornavam conhecidas práticas comerciais, as associações de integração buscavam compatibilizar medidas de políticas externas em nível comercial e aduaneiro.

Não seria, então, impróprio destacar a existência de um Direito Americano. Ainda mais que há registros de tentativa de codificação do Direito Internacional na América em ideia lançada durante uma reunião de juriconsultos por ocasião da Terceira Conferência Interamericana, no Rio de Janeiro, em 1906. A proposta na época era elaborar um código que seria adotado em toda a América Latina, contando para isso com trabalhos

de nomes ilustres como Sérgio Higinio Duarte Pereira, de Eptácio Pessoa, de Alejandro Alvarez, Clóvis Beviláqua ou Bustamante, todos de valiosa contribuição para o sistema latino-americano.

Nos projetos de códigos as relações jurídicas que enfatizavam a realidade e os problemas latino-americanos e matérias como nacionalidade, demarcação de fronteiras ou asilo diplomático, mesmo que já tivessem sido postas em Convenções, recebiam novo tratamento legislativo uniforme. A tentativa de que os códigos constituíssem verdadeira criação normativa de comissões de juristas, tornando regra a ser observada persistiu dos primórdios, das Conferências Interamericanas até os idos da Segunda Grande Guerra.

Mas, as louváveis tentativas de codificação não podem ser consideradas senão como fontes subsidiárias do Direito Americano, forma de inspirar outras ou resoluções de organizações ou jurisprudência regional.

Um projeto de integração latino-americana, como o proposto pelo MERCOSUL, do ponto de vista jurídico seria viável se contasse com as regras regionais já existentes e preceitos consagrados pelo Direito Americano. Utilizando a experiência europeia como inspiração, com devidas adequações à realidade latino-americana, de sistemas econômicos podem ser criados, contando com a prática associativista existente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional Americano confirma o entendimento do fenômeno regionalista e sua importância para as relações internacionais. Com um conteúdo de Direito Internacional, especializado devido às teorias de integração regional, conta com o projeto de construção de nova ordem para a viabilidade do projeto com ganhos substanciais em termos políticos, econômicos e jurídicos.

Em termos políticos reforça alianças estabelecidas, em certo sentido definindo o cunho ideológico de Estados em proximidade geográfica, de determinada região, algo que em termos econômicos pode ser considerado uma vantagem, a considerar os acordos de complementação e os de desagravação comercial, para que produtos sejam ofertados em condições de competitividade.

Aproveitando-se de doutrinas econômicas difundidas no pós-guerra e suas contribuições para o desenvolvimento, torna o sistema de trocas

internacionais aperfeiçoado, devidamente integrado. Independente do modelo de integração proposto é formado um sistema regional, composto de regras jurídicas de observância imediata.

Fato é que êxito de doutrinas da integração regional e de sistemas regionais, não obstante as dificuldades estruturais se devem à falência do modelo de feições universalistas. Considerado que o universalismo representado por acordo de lideranças hegemônicas, vigente nas relações internacionais, mostrou-se ineficiente no período posterior a 1945, a proposta de um regionalismo como meio de construção de algo maior pareceu relevante (FURTADO:1981, 141). O somatório de sistemas regionais resultaria em sistema maior, que enfatizaria o regionalismo, especializando economias e a formação de blocos econômicos deixou de ser mero prognóstico para significar tendência.

Seguindo a linha argumentativa, o comunitarismo e o fenômeno da interpretação regional são complementares. O fenômeno da integração irá favorecer a eficácia de meios conjuntos eficazes para atingir o desenvolvimento econômico, superar conflitos internacionais-regionais e implementar na ordem interna regras da ordem regional instituída.

Apontar o precursor dos fenômenos parece tarefa difícil, visto que o fenômeno econômico primeiro surge em resposta às demandas políticas de superação de crises, vindo a regulamentação normativa em seguida, auxiliando na solução de problemas da nova ordem implantada. O regionalismo ou fenômeno de integração recebe normatização do Direito Internacional (MELLO: 1988, 218), transformando sua estrutura e também acarreta certos conflitos na ordem jurídica vigente (KAPLAN:1965,32-35).

O desafio de ter acordos de eficácia incontestes e compatíveis com as regras de direito interno dependerá do grau harmônico de investidas estatais para a integração e necessária coesão política que possibilitará suporte jurídico. Para a América Latina importa saber se há compatibilidade de valores e vantagens competitivas, sendo fundamental preservar a “identidade geográfica”, sentimento de pertinência a uma mesma porção geográfica particularizada internacional (DEUTSCH:1982, 267-270). E esta é a diferença ente mera associação e comunidade regional. Não bastaria haver a proximidade regional ou anseio pela paz para realizar a integração, mas um sentido de pertinência às questões comuns suscitadas por fatores econômicos, reforçada por fundamentos jurídicos.

O Direito Internacional, ao acompanhar os acordos de cooperação econômica, refaz mecanismos de regulamentação inter-estatais, inovando-se como Direito Comunitário, na realidade europeia e como Direito Internacional da Integração na realidade latino-americana.

Modelo em proposta similar, o Direito Internacional Americano, longe de parecer apenas uma referência doutrinária, inova e auxilia a estabelecer um novo quadro nas relações internacionais. Considera o regionalismo como fenômeno não recente, atualizando-se e regulando as relações inter-estatais, em adaptações dos ditames do Direito Europeu, sendo que tão somente dividem os dois ramos do Direito Internacional, que no conteúdo obedecera aos princípios do fenômeno econômico.

Progressivamente o sistema ou ordem internacional passa a ser definido, com influência dos bons resultados e da doutrina europeia, que nos informa os êxitos e indica as falhas que devem ser evitadas. Ao aceitar o sistema europeu como modelo para políticas de desenvolvimento econômico, programas de liberação comercial e solidariedade grupal, propostas latino-americanas observando o Direito Americano, podem avançar em projetos de integração e firmar uma nova modalidade comunidade regional no contexto das relações internacionais.

REFERÊNCIAS:

A Integração em Debate: Brasil –Argentina -Uruguai. São Paulo: Marco Zero/UNB, 1987.

ANDRADE, Gilberto Osório de. **A Continentalização da Doutrina de Monroe.** Recife, 1942

BALASSA, Bela. **Teoria da Integração Econômica.** Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1961

BERTIOL, Laércio Francisco. **Integração Econômica e União Política.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968, p. 34.

DEUTSCH, Karl W. **Análise das Relações Internacionais.** Tradução Maria Rosinda Ramos da Silva. Brasília: UNB, 1982.

FRIAS, J.F. **Derecho Internacional Publico.** Buenos Aires: Lacort, 1942;

FURTADO, Celso. **Pequena Introdução ao Desenvolvimento: enfoque interdisciplinar.** 2ª edição. São Paulo: Nacional, 1981, p.141.

KAPLAN, Morton. **Fundamentos políticos del Derecho Internacional.**

- Version Andrés Motio. México: Limusa Willy, 1965.
- REUTER, Paul. **Derecho Internacional Publico**. Barcelona: Bosch, 1965.
- LOBO, Hélio. **O Pan-americanismo e o Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.
- MELLO, Celso de D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988
- MENEZES, Wagner. **Direito internacional na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2007, p.27.
- PODESTÁ COSTA, L.A. **Derecho Internacional Publico**. 4ª edição. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1960, p.43.
- REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 341 e segs
- SEPULVEDA, César. **Las fuentes del Derecho Internacional**. Buenos Aires: Porrúa, 1975, p.13.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FILA DE BANCO E DANO MORAL

Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza

Juiz Federal Substituto, na Seção Judiciária de Pernambuco

RESUMO: Este trabalho aborda a questão do cabimento de indenização por dano moral no caso de extrapolação do limite legal de tempo para atendimento de usuários em filas de banco. Conclui-se que o mero descumprimento da lei da fila não acarreta, ipso facto, ofensa aos direitos de personalidade do usuário dos serviços bancários, pelo que não tem o condão de gerar danos morais indenizáveis. Todavia, a presença, no caso concreto, de outras circunstâncias – tais como tempo de espera demasiadamente longo ou ausência de condições mínimas de conforto para a acomodação dos usuários –, pode levar à ocorrência dos danos morais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da definição de dano moral indenizável. 3. Dos direitos de personalidade. 4. Do conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Da responsabilidade civil dos bancos pela extrapolação do limite legal de tempo para atendimento de clientes e usuários de filas de banco. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: dano moral, indenizabilidade, direitos de personalidade, dignidade da pessoa humana, lei da fila, direito do consumidor.

1. INTRODUÇÃO:

Nos últimos anos vários municípios brasileiros promulgaram leis¹ estabelecendo limite de tempo para atendimento de consumidores em agências bancárias, com a previsão de multa em caso de descumprimento, sendo o seu valor revertido para os cofres do ente público. Para se verem

¹ O Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes considerou constitucional esse tipo de lei. Citamos como exemplo o Agravo em Recurso Extraordinário nº. 427463/RO, rel. Ministro Eros Grau.

compensados, muitos clientes e usuários de bancos em geral, lesados pelo descumprimento da lei da fila – como veio a ser conhecida popularmente esse tipo de lei –, têm ajuizado ações em busca de indenização por supostos danos morais sofridos em consequência disso. A tese defendida pelos advogados consiste, basicamente, em que os bancos, ao extrapolarem o limite de tempo de atendimento ao correntista ou usuário dos seus serviços, ofendem a paz, a tranquilidade e a dignidade destes, o que configuraria dano moral e, portanto, ensejaria indenização.

O propósito deste trabalho é examinar essa tese, fornecendo subsídios para a adequada compreensão do tema, para, ao fim, oferecer uma resposta à questão da ocorrência ou não de dano moral indenizável nesses casos. Para tanto, primeiramente analisar-se-á a disciplina da indenizabilidade dos danos morais, particularmente a natureza e o fundamento dos direitos protegidos por essa garantia. Isso nos levará ao estudo dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana. E, afinal, examinar-se-á se os direitos protegidos pela garantia da indenizabilidade dos danos morais são ofendidos nas hipóteses de violação das leis da fila pelas agências bancárias.

2. DA DEFINIÇÃO DE DANO MORAL INDENIZÁVEL:

Se durante muitos anos a possibilidade jurídica de se indenizar o dano moral foi objeto de fortes controvérsias, hodiernamente tal discussão não tem mais sentido, uma vez que o texto constitucional atual, de forma inovadora em relação aos anteriores, passou a prever expressamente em seu artigo 5º, inciso X, a responsabilidade civil do causador do dano moral, como se vê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

A par desse dispositivo, que pela generalidade com que trata o tema pode ser considerado a cláusula geral da responsabilidade civil por dano moral no direito pátrio², existem outros na Lei Maior que contemplam o mesmo direito em hipóteses especiais, como os incisos V³ e LXXV⁴ do mesmo artigo 5º. Infraconstitucionalmente algumas leis⁵ anteriores ao Código Civil de 2002 já previam a possibilidade de o dano moral ser indenizado em algumas situações específicas, mas apenas com o advento desse código é que essa possibilidade foi estendida de forma genérica para hipóteses não tipificadas, independentemente da natureza da situação na qual o dano foi causado.

Da leitura conjunta dos artigos 927⁶ e 186⁷ do Código Civil extrai-se que o dano, seja ele moral ou material, deverá ser indenizado sempre que for causado por um ato ilícito⁸, que se caracteriza pela violação dolosa ou culposa de um direito⁹. No caso do dano material diz-se que o direito violado é o direito passível de apreciação econômica e tem, portanto,

² E, mais que isso, pode ser considerado a cláusula geral da proteção dos direitos da personalidade, dada a íntima relação entre danos morais e direitos de personalidade, como se mostrará na sequência deste trabalho.

³ “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

⁴ “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

⁵ Por exemplo: o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº. 4.117, de 27 de agosto de 1962), o Código Eleitoral (Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965) e a Lei de Imprensa (Lei nº. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, antes da Constituição atual, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985), após o advento da Constituição.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸ Não obstante a redação do artigo 927 do Código Civil, o dano causado por ato lícito também pode ser passível de indenização, desde que essa hipótese esteja prevista de forma expressa, como, por exemplo, nas situações previstas no artigo 5º, XXV, da Constituição Federal, e artigo 927, parágrafo único, e 930, ambos do Código Civil.

⁹ Embora a redação do artigo 186 do Código Civil dê a entender que só existe ato ilícito se de uma violação de direito alheio redundar dano, a doutrina majoritária considera que a existência de ato ilícito independe da ocorrência dano, de modo que é possível haver ato ilícito sem haver dano, e vice-versa. Fica claro que o legislador expressou-se mal quando se lê o artigo 927, que mostra que ato ilícito e dano são figuras independentes.

caráter patrimonial; e que no caso do dano moral o direito violado, ao contrário, não é passível de apreciação econômica e tem, pois, caráter extrapatrimonial, que seria aquele afeto à esfera personalíssima da pessoa¹⁰.

É preciso definir, contudo, exatamente que direito de caráter extrapatrimonial é esse que, violado, enseja a responsabilidade civil do causador do dano, pois a expressão direito afeto à esfera personalíssima da pessoa, ou equivalente, diz muito pouco, quase nada, tendo em vista que a esfera personalíssima de uma pessoa engloba uma conformação moral de conteúdo extenso e variado, e nem toda perturbação dos elementos que a compõem pode ser considerada um dano moral indenizável. Assim, por exemplo, nem toda perturbação da paz e da tranquilidade, conquanto seja indubitavelmente um abalo à esfera moral do indivíduo, configura um dano moral indenizável. É preciso, pois, definir o que exatamente na esfera moral de uma pessoa encontra-se protegido pela indenizabilidade do dano moral, para que, assim, de posse de critérios mais tangíveis, seja possível aferir com maior rigor a ocorrência do dano moral no caso concreto.

A Constituição, em seu já mencionado artigo 5º, inciso X, dá a resposta. Os elementos enumerados nesse dispositivo – intimidade, vida privada, honra e imagem –, são todos direitos de personalidade, e essa identidade, longe de ser acidental, revela que a intenção da Constituição ao prever a responsabilidade civil por dano moral foi proteger essa espécie de direitos. Tanto é verdade que os outros dispositivos que preveem indenização por dano moral – os incisos V e LXXV do artigo 5º –, também protegem direitos dessa mesma espécie. Daí se conclui que os tais direitos extrapatrimoniais protegidos pela responsabilidade civil por danos morais são os direitos de personalidade, e, portanto, um dano moral só será indenizável quando for ofendido um direito dessa categoria. Assim, pode-se dizer, com Paulo Luiz Netto Lôbo, que “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade”¹¹.

¹⁰ Essa é a lição, entre outros, de GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Fº, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Volume III – Responsabilidade Civil. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 55; e THEODORO Jr., Humberto. Dano Moral. 4ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. P. 2

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos de personalidade*. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445> (consultado em 16/06/2009).

Com isso não se quer dizer que não haja dano moral fora dos direitos de personalidade. Se por dano moral se entender toda perturbação à conformação espiritual ideal de um indivíduo, há, sim, hipóteses de dano moral sem a ofensa a nenhum direito de personalidade. Um acidente de trânsito, por exemplo, sem dúvida causa uma perturbação no estado de espírito de qualquer indivíduo, mas, isoladamente, não tem o condão de ofender nenhum direito de personalidade¹². Nesses casos, embora haja dano moral, ele não será indenizável, uma vez que, como se viu, apenas os danos morais decorrentes de violação de direitos da personalidade são indenizáveis.

Não é por outra razão que a jurisprudência vem se posicionando contra a indenizabilidade do dano moral quando este corresponder a um mero aborrecimento. Atente-se que o adjetivo mero aí não deve se entendido como quantidade de aborrecimento – pouco aborrecimento –, mas, sim, como apenas aborrecimento e nada mais, e só aborrecimento, sem violação de direito de personalidade, não é indenizável. Os seguintes julgados explicitam bem esse entendimento:

(...)

2. A fortiori, o entendimento firmado desta Corte é no sentido de que meros aborrecimentos não configuram dano reparável. O Tribunal a quo, soberano na análise do contexto fático-probatório do autos, decidiu que “Nada há que demonstra ter sido vilipendiada sua honra subjetiva. O constrangimento que narra não passou de um aborrecimento, não indenizável.

(...) (Grifei)

(STJ. AGResp nº 1066533. 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins).

1. O Tribunal de origem julgou que, quando do travamento da porta giratória que impediu o ingresso do ora recorrente na agência bancária, “as provas carreadas aos autos não comprovam que o preposto do banco tenha agido de forma desrespeitosa com o autor”, e que “o fato em lide poderia ser evitado pelo próprio suplicante, bastando que se identificasse junto ao vigilante; trata-se de caso de mero aborrecimento que não autoriza a indenização moral pretendida” (Acórdão, fls.213).

2. Como já decidiu esta Corte, “mero aborrecimento, mágoa,

¹² TRF 2ª R. AC nº 200102010403760. 8ª T. Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa. Data da decisão: 30/04/2008. Publicado no DJU de 12/05/2008.

irritação ou sensibilidade exacerbada, estão fora da órbita do dano moral”. Precedentes.

(...) (Grifei)

(STJ. REsp 689.213. 4ª T. Rel. Min. Jorge Scartezzini).

CIVIL E PROCESSUAL. DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL.

1- A Autora ajuizou ação objetivando indenização de ordem moral e material, devido a prejuízos sofridos por ocasião de acidente de trânsito envolvendo o veículo da Ré.

2- “Não é todo o sofrimento, dissabor ou chateação que geram a ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam decorrência do desdobramento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, próprios da vida em coletividade, e estes são indiferentes ao plano jurídico.” (A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO”, ED. FORENSE, 1997, PÁGS. 022/023)

3- “Não são reembolsáveis, a título de honorários de advogado, as despesas que a parte enfrenta em razão do ajuste com o profissional a título de honorários, para o patrocínio de sua causa “in mesura superiore a quella poi ritenuta congrua dal giudice”. VECCHIONE (apud YUSSEF SAID COHALI in Honorários Advocatícios, 2ª edição, pg. 253).

4- Indenização por dano moral incabível, vez que não restou demonstrado, nem comprovado, de que forma a honra, a dignidade ou a imagem da Autora tenham ficado efetivamente afetadas junto à Sociedade.

5- Negado provimento ao recurso.

(TRF 2ª R. AC nº 200102010403760. 8ª T. Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa. Publicado no DJU de 12/05/2008).

Não há, portanto, como se viu, dano moral indenizável fora dos direitos de personalidade, sendo irrelevante para a responsabilidade civil os danos morais causados a outros elementos que não os relativos a essa espécie de direitos. Daí decorre a importância de se conhecer a sua natureza e disciplina para a adequada compreensão dos danos morais, motivo pelo qual passamos a examiná-las no tópico a seguir.

3. DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE:

Há certas condições mínimas necessárias para que o homem possa desenvolver-se em todo o potencial permitido pela sua condição humana, alcançando o aprimoramento intelectual, cultural, moral e físico que sua vontade e capacidade permitirem. São, por isso, essenciais para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Os direitos de personalidade são exatamente a forma que o legislador encontrou para proteger e promover essas condições mínimas, reconhecendo-as como direito subjetivo de cada pessoa e conferindo-lhe garantias para resguardá-las de qualquer lesão ou ameaça de lesão.

A doutrina de Danilo Doneda vai pela mesma senda, como se vê na seguinte transcrição:

Fundamentalmente, os direitos de personalidade são associados a um conteúdo mínimo de direitos imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade. Assim, Adriano De Cupis refere-se a “direitos essenciais”, bem como Carlos Alberto da Mota Pinto, mais recentemente, refere-se a “... um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”¹³.

E também a de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

(...) É possível asseverar serem os direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.¹⁴

Na medida em que resguarda um conteúdo mínimo de condições necessárias para o pleno desenvolvimento da personalidade, e considerando

¹³ TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *A Parte Geral do Novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 35.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSELVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. P. 109.

que a dignidade intrínseca à pessoa exige que esse desenvolvimento lhe seja permitido, os direitos de personalidade representam, no fundo, um instrumento de proteção e promoção da própria dignidade do homem, pelo que se pode dizer que são corolários diretos do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Assim leciona Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, como se vê na seguinte transcrição:

(...) Os direitos de personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito público e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade¹⁵.

E, ainda, Orlando Gomes:

Sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.¹⁶

Os direitos de personalidade são de construção relativamente recente na doutrina, tendo surgido como fruto histórico da atribuição ao homem de valor-fonte do Direito, e conseqüentemente do Estado, ocorrido no pós-segunda guerra como resposta às atrocidades cometidas pelo regime nazista. No plano dogmático, o Código Civil de 2002 foi a primeira lei brasileira a prever os direitos de personalidade, que, colocados na Parte Geral do Código, demonstra a mudança de enfoque da dogmática civilista brasileira, que retirou do patrimônio o status de seu valor primordial para conferi-lo à pessoa humana, adaptando-se, assim, à personalização do ordenamento

¹⁵ *Op. cit.* P. 109/110.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

jurídico brasileiro que a Constituição Federal de 1988 promoveu ao colocar o homem como vetor axiológico das relações jurídicas em geral prevendo entre os fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Os artigos 11 a 21 do Código Civil cuida dos direitos de personalidade. Além de discipliná-los de forma individualizada (artigo 13 e seguintes), o Código prevê instrumentos para sua tutela (artigo 12) e considerações a respeito de sua natureza (artigo 11). Estão previstos expressamente os seguintes direitos de personalidade: integridade física; liberdade de disposição do próprio corpo após a morte para fins científicos ou altruísticos; nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, além do pseudônimo adotado para atividades lícitas; direitos autorais; imagem; honra; vida privada; intimidade e liberdade.

Esse rol, conforme doutrina majoritária, não é taxativo; e nem poderia ser, pois, sendo corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, prever uma tipicidade fechada para os direitos de personalidade seria limitar o próprio princípio constitucional, quando, em verdade, a interpretação mais adequada ao texto constitucional é a que recomenda a ampliação da proteção ao homem, e não a restrição. Dessa mesma opinião compartilha o professor Gustavo Tepedino, segundo o qual “a realização plena da dignidade humana, como quer o projeto constitucional em vigor, não se conforma com a setorização da tutela jurídica ou com a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o comportamento”¹⁷.

Anote-se que, obviamente, os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana não se esgotam nos direitos de personalidade. O direito à vida, à saúde, à moradia e ao trabalho, por exemplo, são igualmente expressão da dignidade da pessoa humana, mas, por não serem expressão da personalidade humana, não são direitos de personalidade.

Demonstrada a relação instrumental entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, é necessário, para uma adequada compreensão desta categoria de direitos – e, consequentemente, do dano moral –, conhecer-se o conteúdo jurídico deste princípio, que será exposto a seguir.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46

4. DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

Deve ser repugnado o vezo de se extrair do princípio da dignidade da pessoa humana fundamento para todo tipo de argumento, como se toda situação injusta ou imoral representasse uma ofensa a esse princípio, ou como se todo direito fosse dele decorrente. Sabe-se que o fundamento que serve para qualquer situação em verdade não é fundamento de nada, e, assim, esse vício acaba por contribuir para o esvaziamento da normatividade desse princípio tão caro à construção de uma sociedade baseada nos valores democráticos e humanísticos como a que pretende a nossa Constituição. Marcelo Novelino Camargo, em artigo intitulado O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, tomado por nós como base deste tópico, demonstrou essa mesma preocupação, como se vê na seguinte transcrição:

Como núcleo dos direitos fundamentais a dignidade se faz presente, ainda que com intensidade variável, no conteúdo de todos eles, sem exceção. Apesar de desejável o acesso ao maior número possível de bens e utilidades, a ampliação demasiada do conteúdo deste princípio cria o sério risco de enfraquecimento de sua efetividade, podendo gerar um efeito contrário ao desejado. A delimitação apenas aos bens e utilidades indispensáveis (ou mínimos) é feita exatamente para evitar que isso possa ocorrer.¹⁸

Assim, sem pretender retirar desse princípio o caráter genérico e abstrato que lhe é característico em função de sua condição de cláusula geral de proteção e promoção do bem-estar da pessoa humana, encerrando-o em fórmulas dogmáticas estanques e inflexíveis, é preciso que lhe sejam estabelecidos contornos mais precisos, com o que ele ganhará uma identidade mais definida, nutrindo-o, dessa forma, de maior normatividade e, conseqüentemente, maior efetividade.

Ao colocar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a Constituição demonstra a centralidade que o homem ocupa na nova ordem político-jurídica instaurada a partir dela. Em outras palavras, a Constituição assim reconhece que o Direito e o Estado devem servir ao

¹⁸ CAMARGO, Marcelo Novelino. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais. Salvador: Podium, 2007. P. 125.

homem, ao seu bem-estar. A colocação da cidadania e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ao lado da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro só reforça essa tese ao revelar a precedência do homem também em seu aspecto político e social.

Como consequência imediata disso, o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a cada pessoa as condições mínimas necessárias para que ela possa alcançar o seu bem-estar, a sua felicidade. Deveras, só se pode afirmar que uma pessoa tem sua dignidade respeitada pelo Estado se este lhe garante a possibilidade de acesso aos bens da vida indispensáveis para que uma pessoa possa ser feliz. Não todos os bens, obviamente, mas apenas os básicos, os indispensáveis a qualquer pessoa para que ela possa caminhar sozinha em busca de seu bem-estar e felicidade. Daí se vê que a principal consequência jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, seu núcleo mesmo, é o reconhecimento de que cada pessoa tem direito ao que a doutrina convencionou chamar de mínimo existencial, que deve ser “entendido como o conjunto de bens e utilidades básicas – como saúde, moradia e educação fundamental – imprescindíveis para uma vida com dignidade”¹⁹.

Esse conteúdo mínimo é o primeiro e principal aspecto da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Decorre ainda dessa normatividade o dever de respeito, proteção e promoção que o Estado tem em relação a ele e aos direitos dele decorrentes. O dever de promoção representa o próprio mínimo existencial, já tratado, além da criação de normas consagradoras de direitos fundamentais. O dever de proteção, por sua vez, exige que o Estado crie e aplique normas sancionadoras de condutas que violem a dignidade humana. E o dever de respeito, afinal, representa “uma regra de caráter eminentemente negativo, que impõe a abstenção da prática de condutas violadoras da dignidade, impedindo o tratamento da pessoa humana como um simples meio para se atingir determinados fins”, de modo que ocorrerá violação da dignidade se esse tratamento como mero objeto significar uma “expressão de desprezo” pela pessoa humana.

A violação do dever de respeito, portanto, exige a presença de dois requisitos, quais sejam: o “objetivo, consistente no tratamento da pessoa como mero objeto (‘fórmula do objeto’), e o subjetivo, consubstanciado na

¹⁹ *Op. cit.* P. 119.

expressão de desprezo ou desrespeito à pessoa decorrente deste tratamento, ainda que não seja esta a intenção ou a finalidade de quem pratica o atentado”²⁰.

Tem-se, assim, que dos deveres de promoção, proteção e respeito exigidos em face do princípio da dignidade da pessoa humana, resulta a definição do seu conteúdo jurídico. Em relação ao dever de respeito – que é o que mais interessa para os fins deste trabalho, na medida em que se dirige não apenas ao Estado, como os dois anteriores, mas também à sociedade em geral, e, portanto, às agências bancárias –, decorre a vedação de tratamento da pessoa humana como mero objeto ou como simples meio para se atingir algum fim, revelando com isso uma “expressão de desprezo” por sua dignidade intrínseca. Com base neste aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana é que se deverá analisar a ocorrência ou não, no caso concreto, de ofensa aos direitos de personalidade causadora de danos morais.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS PELA EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE LEGAL DE TEMPO PARA ATENDIMENTO DE CLIENTES E USUÁRIOS DE FILAS DE BANCO:

Estabelecidos os pressupostos e fundamentos para a indenização do dano moral, passamos ao exame do objeto central deste trabalho, verificando se a extrapolação do tempo previsto na lei da fila enseja a indenização por dano moral ao consumidor ou usuário lesado.

Para que haja responsabilidade civil, como já se viu, é necessário que um direito seja violado. Sendo assim, é necessário perquirir, inicialmente, se os clientes e usuários dos bancos têm o direito de serem atendidos até um determinado limite de tempo. Muito embora as leis da fila tenham sido as primeiras a prever esse limite, cremos que não foram elas que criaram o direito subjetivo ao tempo de espera razoável em fila bancária. Elas somente deram maior concretude – ao prever o tempo máximo de espera – e garantia – ao cominar a multa como sanção pelo descumprimento – a um direito que já existia por força do regime decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, entre os direitos do consumidor está o de ter um serviço prestado adequadamente, conforme se depreende do artigo 4º,

²⁰ *Op. cit.* P. 121.

II, d, e V, artigo 6º, IV e X, artigo 20, § 2º, todos do Código de Defesa do Consumidor. Este último dispositivo é muito claro a respeito, como se vê:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I a III - omissis;

§ 1º Omissis.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Assim, não apenas os bancos, mas todo e qualquer prestador de serviço, seja ele pessoa de direito privado ou de direito público, tem o dever de atender os seus consumidores num tempo razoável, visto que não pode ser considerado adequado um serviço prestado com excessiva morosidade. Há, pois, conduta ilícita no caso de demora do banco em atender o público acima do tempo razoável, podendo assim ser considerado aquele previsto na lei da fila.

Não basta, todavia, a ocorrência de um ato ilícito para que haja a responsabilidade civil. É preciso verificar se algum dano é causado pela conduta ilícita, pois “ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que dela não tenha decorrido prejuízo”²¹. No caso do dano moral, todavia, como a prova do dano, pela sua natureza, não é possível, este é considerado *in re ipsa*, ou seja, presumidamente decorrente da situação fática ilícita²². Entretanto, como não há responsabilidade civil sem dano, é necessário que essa situação fática seja idônea a causar o dano moral, devendo assim ser considerada aquela que ofende os direitos de personalidade de alguém. Cumpre perquirir aqui, portanto, se a extrapolação do tempo previsto na lei da fila configura

²¹ STJ. REsp 0020386/92 – 92.0006738-7/RJ. 1ª Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. DJ: 27-06-94).

²² Vide: REsp 200500132495, Rel. Min. Barros Monteiro; REsp 200401756670, Rel. Min. Luiz Fux; REsp 200702348176, Rel. Min. Nancy Andrighi.

violação aos direitos de personalidade do consumidor, acarretando, assim, dano moral indenizável.

Os direitos de personalidade previstos expressamente na Constituição Federal e no Código Civil, conforme já se mostrou alhures, são os seguintes: integridade física; liberdade de disposição do próprio corpo após a morte para fins científicos ou altruísticos; nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, além do pseudônimo adotado para atividades lícitas; direitos autorais; imagem; honra; vida privada; intimidade e liberdade. Vê-se logo que alguns desses direitos não correm a mínima chance de serem violados no caso de extrapolação do tempo previsto na lei da fila. Apenas os direitos à honra e à liberdade estariam sujeitos a ofensa em tal situação.

A ocorrência dessa ofensa, contudo, deve ser verificada em cada caso concreto, de acordo com suas particularidades e nuances. Não se pode, destarte, considerar que o descumprimento da lei da fila, ou de qualquer lei, acarrete, ipso facto, danos morais. Prima facie, todavia, é possível perceber que o descumprimento da lei da fila, por si só, não tem o condão de causar senão um mero aborrecimento no homem médio²³. Com efeito, não há dúvida que quem espera por mais de meia hora na fila do caixa de um banco se aborrece, se irrita, mas isso não viola a sua honra ou sua liberdade de forma objetivamente considerada.

Tomando o caso pelo prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como sustentar que a dignidade de alguém é ofendida simplesmente por não ter sido atendido no tempo previsto na lei da fila. Como se viu, a violação ao dever de respeito à dignidade humana exige dois requisitos: o tratamento da pessoa como simples meio, objeto, e o desprezo manifestado por essa conduta. No caso de descumprimento da lei da fila, não há como considerar que a mera extrapolação do tempo nela previsto contém em si tais requisitos. Ainda que se possa reconhecer

²³ Pois para a configuração do dano moral indenizável devem ser ignorados simples melindres e suscetibilidades individuais. A lição de Antônio Chaves é nesse sentido: “propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento que todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros”. CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil, 3ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, vol. III, p. 637).

que tal conduta revela uma falta de respeito com o consumidor, o que se exige para que se configure violação ao princípio da dignidade da pessoa humana é algo mais grave: é o desprezo pela pessoa, o tratamento revelador de completa desconsideração pela sua dignidade, tratando-a como simples meio para o fim de, economizando na contratação de mais funcionários, obter lucro.

Contudo, se a demora extrapolar demasiadamente o limite do razoável ou se outros fatos, considerados em conjunto com o descumprimento da lei, acarretarem um desrespeito mais profundo à dignidade do consumidor, a resposta pode ser outra. Assim é que, embora trinta ou quarenta minutos na fila de um banco não cheguem a ocasionar-lhe uma lesão moral, certamente uma hora e meia ou duas, ao revelar uma nítida demonstração de profundo e exacerbado desprezo pelo seu bem-estar físico e psicológico, fazendo-o sentir-se pequeno e impotente, um objeto diante do que se apresenta como a prevalência do ideal de lucro sobre o seu conforto e sua autonomia na escolha da melhor forma de gozar o seu tempo, ocasiona um dano aos seus direitos de personalidade, particularmente em sua honra subjetiva, ensejando a indenização por danos morais. Ou, então, quando, além de o atendimento ser moroso, não houver condições mínimas de conforto para tornar menos desagradável essa espera, como assento adequado, água, banheiro, climatização do ambiente, entre outros.

6. CONCLUSÃO:

Restou demonstrado que a mera extrapolação pelos bancos do limite de tempo previsto na lei da fila, embora seja um ato ilícito, não enseja, ipso facto, dano moral indenizável, uma vez que esse fato por si só não tem o condão de ofender nenhum direito de personalidade do consumidor dos serviços bancários. Com efeito, só se pode falar em responsabilidade civil por dano moral se houver a violação de algum direito de personalidade, pois a leitura do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, tido por cláusula geral de indenizabilidade dos danos morais, assim como dos incisos V e LXXV do mesmo artigo, demonstra que a previsão de indenização por danos morais procura resguardar uma espécie particular de direitos: os direitos de personalidade, disciplinados nos artigos 11 e seguintes do Código Civil.

Sendo os direitos de personalidade corolários do princípio da dignidade

da pessoa humana, uma correta compreensão de sua disciplina, e, conseqüentemente, da disciplina dos danos morais, depende da adequada definição deste princípio, particularmente de seu conteúdo jurídico. O trabalho mostrou que deste conteúdo decorre, além dos deveres de proteção e promoção voltados ao Estado – e que, por isso, não interessam para os fins aqui propostos –, o dever de respeito, este dirigido tanto ao Estado como à sociedade em geral. O dever de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana é violado quando estão presentes dois requisitos: um objetivo, configurado pelo tratamento da pessoa como um simples objeto ou meio para a realização de um fim; e um subjetivo, configurado pela “expressão de desprezo” manifestada por esse tratamento.

Estendendo essa disciplina para a questão da ocorrência de danos morais no caso do descumprimento da lei da fila, tem-se que esse fato, por si só, não viola o dever de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, por não estarem contido nele os dois requisitos elencados. Certamente a espera acima do tempo previsto na lei da fila pode revelar, no mais das vezes, uma falta de respeito com o consumidor, mas o que se exige para a configuração de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana é algo mais profundo, mais grave: o desprezo pela dignidade do homem, a completa desconsideração pelo seu bem-estar físico e psicológico, bem como pela sua autonomia de aproveitar o tempo como melhor lhe aprouver, ao ser tratado como uma mera peça útil à consecução da finalidade lucrativa dos bancos; como um objeto, portanto, e não como uma pessoa.

Embora esses requisitos não possam ser considerados presentes, de forma automática, no mero descumprimento da lei da fila, a resposta pode ser outra caso a demora extrapole significativamente o limite do razoável – como, por exemplo, no caso de duas horas de espera – acarretando, pois, ofensa à honra subjetiva do consumidor, e, portanto, danos morais indenizáveis. Outra situação em que pode ocorrer violação à honra do consumidor, ensejando a reparação por danos morais, é o caso em que, além da demora acima do tempo razoável, previsto na lei da fila, o consumidor não tenha condições mínimas de conforto aptas a minimizar o incômodo da espera, como água, banheiro, assento e ambiente climatizado.

7. BIBLIOGRAFIA:

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais. Salvador: Podium, 2007.

CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil, 3ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, vol. III.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSELVALD, Nelson. Direito Civil – Teoria Geral. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Fº, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Volume III – Responsabilidade Civil. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos de personalidade. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em 16/06/2009.

TEPEDINO, Gustavo (coordenador). A Parte Geral do Novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO Jr., Humberto. Dano Moral. 4ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

Joana Carolina Lins Pereira

Juíza Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco
Mestre em Direito (UFPE)

RESUMO: Não há ação civil pública para defesa do meio ambiente que, ao aportar à Justiça Federal, não desperte questionamentos acerca da competência. Tal averiguação, por vezes, suscita mais dúvidas que o próprio mérito da querela. Devem ser apartadas as ações judiciais decorrentes de fiscalização daquelas em que se discute licenciamento. Tem-se observado que a jurisprudência, em matéria de competência da Justiça Federal para as causas ambientais, tem adotado interpretação restritiva. Merece destaque, ainda no que respeita à competência da Justiça Federal em matéria ambiental, a questão pertinente às ações que, malgrado propostas pelo Ministério Público Federal, envolvem objeto estranho àqueles enumerados pelo artigo 109 da Constituição da República.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Competência administrativa ambiental e competência da Justiça Federal. 3. Patrimônio nacional e bens da União. 4. Ministério Público Federal e Justiça Federal. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não há ação civil pública para defesa do meio ambiente que, ao aportar à Justiça Federal, não desperte questionamentos acerca da competência. Ao magistrado, como é cediço, cumpre, antes de decidir cada demanda que lhe caia nas mãos, averiguar se é de fato competente para tanto. Nas demandas ambientais, contudo, tal averiguação, por vezes, suscita mais dúvidas que o próprio mérito da querela. O magistrado é assaltado pelo desejo de resolver logo a demanda (a proteção ao meio ambiente sempre

desperta sentimentos nobres de responsabilidade ou mesmo um certo quê de remorso pela ausência de uma participação mais ativa em questões de tal magnitude), mas lhe assombra, por outro lado, o receio de ver sua decisão anulada e remetido o feito à Justiça do Estado.

Propõe-se, no presente trabalho, discutir algumas das dúvidas mais frequentes àqueles que se deparam com demandas que envolvam matéria ambiental – seja na área cível, no exame de ações civis públicas, seja na área criminal.

Como é cediço, as matérias compreendidas no âmbito de competência da Justiça Federal são listadas de maneira taxativa no artigo 109 da Constituição da República.

Vladimir Souza Carvalho, no tantas vezes citado “Competência da Justiça Federal”¹, acentua, com menção a julgados do Supremo Tribunal Federal, que “A competência da Justiça Federal é de ordem constitucional e, assim, ainda que o quisesse, não poderia uma lei ordinária ampliá-la, de modo a incidir naquela competência o que na Constituição não está expresso nem implícito (Luiz Gallotti, CJ 5.860-PR, DJU 09.04.1973, p. 2.117, RTJ 65/632)./Só aquilo que está expresso ou implícito na Constituição pertence à Justiça Federal, a ponto de Carreira Alvim asseverar que a competência da Justiça Federal é de fundo constitucional, pelo que não se contendo no elenco do art. 109, CF, cabe, residualmente, à Justiça Estadual (MS 384-RJ, DJU-II 04.07.1995, p. 42.447). Ou seja, a competência que não está inserida na Constituição, no dispositivo próprio, art. 109, pertence, a título de resíduo, à justiça comum”.

Em determinadas situações, a fixação da competência na Justiça Federal não enseja maiores questionamentos. Ricardo Teixeira do Valle Pereira², após observar que inexistente, no citado artigo 109 da Carta Magna, menção a questões de Direito Ambiental, anota que, por força do disposto no inciso III do dispositivo, “toda vez que uma ação civil pública implicar discussão sobre tratado do qual o Brasil seja signatário, estará caracterizada uma hipótese de competência absoluta da Justiça Federal”. Da mesma forma, à conta do disposto no inciso XI, será sempre da Justiça Federal a competência de demandas ambientais que envolvam disputas sobre direitos indígenas.

¹ 6ª edição, Curitiba: Juruá, 2005, p. 21.

² In A competência da Justiça Federal e a ação civil pública em matéria ambiental. **Direito Federal – Revista da Associação dos Juizes Federais**, v. 21, n. 74, jul./dez. 2003, p. 282-284.

As dúvidas surgem quando a competência da Justiça Federal há de ser aferida, tão-somente, a partir do critério fornecido pelo inciso I do artigo 109 (“causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”). Como se verá adiante, a mera circunstância de figurar, num dos polos da relação processual, o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis –, uma autarquia federal, não desloca a competência, ipso facto, para a Justiça Federal³. Desse modo, aspectos outros da lide haverão de ser analisados para fins de verificação da competência, não sendo suficiente, como sói ocorrer em outras áreas do Direito submetidas ao crivo da Justiça Federal, o mero critério subjetivo.

2. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

À parte as normas referentes à competência legislativa, temos, no plano constitucional, diversas normas pertinentes à proteção ao meio ambiente. Avulta, de logo, o artigo 23, o qual, ao enumerar as questões de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cita a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), bem como a preservação das florestas, da fauna e da flora (inciso VII).

A Constituição da República de 1988 inovou ao dedicar um capítulo exclusivo à matéria ambiental. No seu artigo 225, com efeito, é o meio ambiente “ecologicamente equilibrado” referido como um direito de todos, e o § 1º é expresso ao atribuir ao “Poder Público” (leiam-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios) o dever de fiscalização, bem como de controle das atividades potencialmente danosas à biota. Permanece em vigor, entretanto, a Lei nº 6.938, de 1981, que dispôs “sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação” e criou o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA. Por sua relevância, merece destaque a Lei nº 7.735, de 1989, que criou o já citado Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA –, dentre cujas atribuições se destaca o exercício do poder de

³ Assim, inclusive, já o reconheceu o próprio Superior Tribunal de Justiça.

polícia ambiental e a execução “das ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente”.

Conforme realça a doutrina, “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência para estabelecer polícia administrativa ambiental, dado que possuem competência comum para a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como para a preservação das florestas, da fauna e da flora, conforme prevê a Constituição Federal, em seu art. 23, VI e VII”⁴.

De acordo com o artigo 70, § 1º, da Lei nº 9.605, de 1998, “São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha”. Desse modo, a atuação – consequência do poder-dever de fiscalizar – pode ser praticada por autoridade de qualquer das esferas de governo. O juiz federal Vilian Bollmann, a propósito, realça que “O IBAMA deve – assim como todos os demais órgãos integrantes do SISNAMA (estaduais ou municipais) – fiscalizar de ofício qualquer agressão ao meio ambiente, por mais insignificante que seja”⁵.

Desde já se percebe que uma ação do IBAMA pode implicar interesse não federal e, conseqüentemente, a ação judicial a ela relativa, em princípio, não será da competência da Justiça da União. De forma didática, Vilian Bollmann equipara a situação à de “um Policial federal que tenha flagrado um crime de competência da Justiça Estadual; por exemplo, estupro. A competência jurisdicional para processar e julgar o crime permanece estadual, mesmo que o crime tenha sido flagrado por agente federal e ainda que a lavratura do auto de prisão (procedimento administrativo) tenha sido efetivada pelo órgão federal. Como se vê, as duas situações são praticamente idênticas, pois o julgamento do ilícito é da Justiça Estadual e

⁴ BELTRÃO, Antônio F. G. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2008, p. 244.

⁵ *In* Aspectos da competência da Justiça Federal no Direito Ambiental. A intervenção do Ministério Público Federal ou do IBAMA. Artigo disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11424>.

a intervenção federal se deu somente por interesse geral e comum a todas as esferas federativas (exercício do poder de polícia na proteção de um bem juridicamente relevante que não é federal)”.

Eventual ação civil pública para aplicação das sanções aos responsáveis pelo dano ambiental de interesse local, assim, deverá ser ajuizada perante a Justiça Estadual, da mesma forma que eventual ação criminal para aplicação das penas cabíveis⁶. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal. Confira-se a ementa:

(1) Habeas corpus. Crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais). Competência da Justiça Comum. (2) Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal com base em auto de infração expedido pelo IBAMA. (3) A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo IBAMA, ainda que relativa ao cumprimento do art. 46 da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para os fins do art. 109, IV, da Constituição. (4) A presença de interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas – o que não se verifica, no caso –, constitui pressuposto para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição. (5) Habeas corpus conhecido e provido. (HC 81916/PA, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.09.2002, DJ 11.10.2002, p. 46.)

Tal postura, contudo, não é indene a críticas. Sérgio Fernando Moro, também juiz federal, assevera que seria “recomendável alguma flexibilização na interpretação das normas de competência da Justiça Federal, oportunizando a fixação desta em casos de evidente interesse federal, ainda que não estritamente ‘jurídico’ ou ‘direto’”. Acrescenta que “A flexibilização da interpretação restritiva talvez leve à desejável convergência da proteção administrativa federal ao meio ambiente com a proteção judicial federal dessa esfera. Não é desarrazoado defender-se que a atribuição legal a entidades administrativas federais de um papel proeminente ou exclusivo na proteção de determinados bens ambientais caracteriza um interesse

⁶ Para Vilian Bollmann, contudo, será da competência da Justiça Federal a ação anulatória proposta com o intuito de desconstituir o auto de infração, bem assim a execução destinada à cobrança da penalidade pecuniária.

federal qualificado e apto à submissão da controvérsia à Justiça Federal no caso de sua judicialização⁷.

Situação diversa da que respeita à fiscalização, entretanto, é a pertinente ao licenciamento ambiental. Segundo o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 1981, “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. Depreende-se, da leitura do dispositivo, portanto, que a competência para o licenciamento é, em princípio, dos Estados da Federação. O § 4º do mesmo artigo 10, todavia, estatui que “Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”.

Nos casos do § 4º do artigo 10, reproduzido acima, a competência atribuída ao IBAMA para o licenciamento induz a competência da Justiça Federal para o julgamento das ações judiciais pertinentes, eis que presente impacto ambiental que ultrapassa os interesses de um único Estado da Federação.

É de relevo mencionar aqui, no que respeita à proteção da fauna, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Corte esta que, a despeito do cancelamento do enunciado de nº 91 de sua súmula de jurisprudência (“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”), fixa a competência da Justiça Federal nas seguintes hipóteses (CC nº 34689/SP, rel. Min. Gilson Dipp, julg. 22.05.2002, DJe 17.06.2002, p. 191): “delito envolvendo espécies ameaçadas de extinção, em termos oficiais; conduta envolvendo ato de contrabando de animais silvestres, peles e couros de anfíbios ou répteis para o exterior; introdução ilegal de espécie exótica no país; pesca predatória no mar territorial; crime contra a fauna perpetrado em parques nacionais, reservas ecológicas ou áreas sujeitas ao

⁷ In Competência da Justiça Federal em Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 8, jul./set. 2003, p. 161-163.

domínio eminente da Nação; além da conduta que ultrapassa os limites de um único Estado ou mais fronteiras do País”. Na mesma linha, em recente julgado (CC nº 96.853/RS, Terceira Seção, rel. Min. Og Fernandes, julg. 08.10.2008, DJe 17.10.2008), decidiu pela competência da Justiça Federal em ação criminal em que se apurava a introdução de espécimes de fauna exótica no país, sem a autorização da entidade competente (conduta tipificada no artigo 31 da Lei nº 9.605, de 1998), qual seja, o IBAMA.

3. PATRIMÔNIO NACIONAL E BENS DA UNIÃO

Tem-se observado (inclusive a partir do que aqui já se expôs) que a jurisprudência, em matéria de competência da Justiça Federal para as causas ambientais, tem adotado interpretação restritiva. O entendimento, em verdade, é aquele que já se consolidara na súmula de jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, através do enunciado de nº 61: “Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa”.

Hipótese bastante ilustrativa da aplicação de tal entendimento é aquela na qual se discute dano cometido contra a Mata Atlântica.

A Constituição da República, em seu artigo 225, § 4º, estatui que “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional”. Não se trata, portanto, de “bens da União”, os quais, a seu turno, se encontram enumerados no artigo 20 da mesma Carta Magna. Com arrimo em tal distinção, tem-se entendido que as ações judiciais que envolvam infrações ou crimes ambientais praticados em detrimento da Mata Atlântica, são de competência da Justiça dos Estados. A este respeito, convém reproduzir o seguinte precedente do colendo STF:

Competência. Crime previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98. Depósito de madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Artigo 225, § 4º, da Constituição Federal.

- Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da Constituição Federal, bem da União.
- Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a

competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União.

- Consequentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum estadual. Recurso extraordinário não conhecido. (RE nº 300244/SC, Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, julg. 20.11.2001, DJ 19.12.2001, p. 27.)

No mesmo sentido, consulte-se, entre outros acórdãos proferidos pelo mesmo STF, aquele exarado no RE nº 349189/TO (Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, julg. 17.09.2002, DJ 14.11.2002, p. 34), no qual se frisou que nem a circunstância de caber ao IBAMA, que é autarquia federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, acarretaria a fixação da competência da Justiça da União.

O Superior Tribunal de Justiça tem trilhado na mesma senda, consoante se infere, *verbi gratia*, do acórdão proferido no AgRg no CC 93083/PE (Terceira Seção, rel. Min. Nilson Naves, julg. 27.08.2008, DJe 10.09.2008)⁸.

⁸ Há, todavia, precedentes em sentido diverso. Traz-se à baila, por oportuno, o seguinte julgado, também da Terceira Seção:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. APURAÇÃO DE SUPOSTO CRIME AMBIENTAL OCORRIDO EM ÁREA QUE PASSOU A INTEGRAR PARQUE NACIONAL ADMINISTRADO PELO IBAMA. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO CARACTERIZADA. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL SUSCITANTE.

¹ A Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento de que, em sendo a proteção do meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo dispositivo constitucional ou legal fixando expressamente qual a Justiça competente para o julgamento de Ações Penais por crimes ambientais, têm-se que, em regra, a competência é da Justiça Estadual. O processamento do Inquérito ou da Ação Penal perante a Justiça Federal impõe seja demonstrada a lesão a bens, serviços ou interesses da União (art. 109, IV da CF/88).

² À época dos fatos, o local onde o crime teria sido cometido pertencia ao Município de Blumenau/SC; entretanto, posteriormente, passou a fazer parte do Parque Nacional da Serra de Itajaí, administrado pelo IBAMA, responsável por sua manutenção e preservação, nos termos do art. 4º do Decreto Presidencial de 04.06.04, que criou a referida área de proteção ambiental permanente; assim sendo, configurado o interesse público da União, desloca-se a competência para a Justiça Federal.

³. Havendo alteração da competência em razão da matéria, os autos não sentenciados

Sérgio Moro, em comentário ao posicionamento do STF, argumenta que, “no caso dos crimes ambientais, o entendimento restritivo leva a uma dissonância entre as competências administrativas federais no que se refere à preservação do meio ambiente e às competências cíveis e criminais da Justiça Federal. Assim, ainda exemplificadamente, há um evidente interesse federal na proteção de áreas remanescentes de Mata Atlântica, o que é ilustrado não só pela proteção constitucional do art. 225, § 4º, da Constituição de 1988, mas também pela atribuição ao IBAMA de competências especiais no que se refere à sua proteção (cf. Dec. 750, de 10.02.1993). Não obstante, adotada a interpretação restritiva, dificilmente, quer no campo cível, quer no criminal, um caso que envolva lesão à Mata Atlântica será submetido à Justiça Federal, por não ser ela de propriedade da União, conforme já decidiu, aliás, a 1ª T. do STF, e por ser de difícil caracterização um interesse federal ‘direto’ ou ‘jurídico’ na sua preservação, no sentido supramencionado”⁹.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E JUSTIÇA FEDERAL

Merece destaque, ainda no que respeita à competência da Justiça Federal em matéria ambiental, a questão pertinente às ações que, malgrado propostas pelo Ministério Público Federal, envolvem objeto estranho àqueles enumerados pelo artigo 109 da Constituição da República.

Há julgado do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, “figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal” (REsp. nº 440002/SE, Primeira Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 18.11.2004, RSTJ 187/139). Afirma-se, no mesmo acórdão, que “Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos”.

devem ser remetidos ao juízo competente superveniente, não se aplicando, nesses casos, o instituto da *perpetuatio jurisdictionis*. Precedentes do STJ.

⁴. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, conhece-se do conflito para declarar a competência do Juízo Federal suscitante”. (CC nº 88013/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 27.02.2008, DJe 10.03.2008, RT vol. 872, p. 570.)

⁹ Ob. cit., p. 160.

Ousamos discordar do posicionamento do STJ no que tange à definição do Ministério Público. No dizer de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “Se o constituinte não lhe quis assinalar o nome de Poder, como fez com relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário, decerto que lhe reservou uma conformação institucional de marcada independência com relação a esses ramos da Soberania”¹⁰. O Ministério Público Federal, portanto, não é órgão da União, de modo que a circunstância de figurar no polo ativo de ação civil pública não torna a Justiça Federal competente para o julgamento.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, “A atuação heterotópica do Ministério Público não deveria causar tanta espécie, pois embora sua organização guarde um certo paralelismo com a do Poder Judiciário, na verdade essa correspondência não é nem pode ser integral, dada sua diversidade intrínseca. Assim, por exemplo, a própria lei já se encarrega de admitir que o Ministério Público federal possa comparecer à Justiça estadual para interpor recurso extraordinário nas representações de inconstitucionalidade”¹¹. Nesse caso, um eventual litisconsórcio do Ministério Público federal com o estadual será perfeitamente possível”¹². Não se olvide, enfim, que a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985), em seu artigo 5º, § 5º, reza que será admitido “o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”.

5. CONCLUSÃO

A magnitude das questões ambientais – que interessam à presente e às próximas gerações – tem suscitado crescente interesse por parte do Estado e da sociedade civil organizada. Tem sido cobrada do Poder Público uma atuação mais efetiva que, sem descuidar das necessidades de crescimento do país, possa propiciar um desenvolvimento sustentável.

É certo que, para fins de determinação da competência para o julgamento das ações pertinentes à defesa do meio ambiente, não se confunde o interesse público primário com o interesse da União. Todavia, há que se

¹⁰ **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 994.

¹¹ LC nº 75/93, art. 37, parágrafo único.

¹² **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 329-330.

reconhecer, na expressão de Sérgio Moro, a possibilidade de um “interesse federal qualificado”, a justificar a competência da Justiça Federal.

Da mesma maneira que foram atribuídos à Justiça da União o processamento e julgamento das causas relativas a hipóteses de violação grave a direitos humanos (artigo 109, inciso V e § 5º, da Carta Magna, com redação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004), também se poderia, ainda que de lege ferenda, reconhecer a competência da Justiça Federal para as causas que impliquem grave dano ao meio ambiente, mesmo que de bem da União não se cuide. Não haveria sequer necessidade de alteração no texto constitucional, eis que a mera atuação administrativa do IBAMA, no exercício de seu poder de polícia, poderia ser reconhecida pela jurisprudência como apta a ensejar a aplicação do inciso I do mesmo artigo 109 da CF/88. A repercussão de tais questões, certamente, envolve não somente os habitantes do Estado da federação em que ocorrido o dano, mas todos aqueles preocupados com o futuro da Nação.

BIBLIOGRAFIA

BELTRÃO, Antônio F. G. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2008.

BOLLMANN, Vilian. Aspectos da competência da Justiça Federal no Direito Ambiental. A intervenção do Ministério Público Federal ou do IBAMA. Artigo disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11424>.

CARVALHO, Vladimir de Souza. **Competência da Justiça Federal**. 6ª edição, Curitiba: Juruá, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocência Mártires; e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. Competência da Justiça Federal em Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 8, jul./set. 2003, p. 157-166.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. A competência da Justiça Federal e a ação civil pública em matéria ambiental. **Direito Federal – Revista da Associação dos Juízes Federais**, v. 21, n. 74, jul./dez. 2003, p. 277-301.

“O MITO DE PROCUSTO” E A EFETIVIDADE PROCESSUAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO RECIFE: O PROBLEMA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Leonio Alves

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE
Professor Colaborador de Direito Ambiental do PRODEMA – UFPE
Ex-Professor Titular de Direito Civil da UEPB
Doutor em Direito pela UFPE
Advogado

RESUMO: A falta de uniformização procedimental nos Juizados Especiais Cíveis do Recife enseja questionamentos do seu alcance e utilidade na aplicação de institutos consumeristas fundamentais, dentre os quais: a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica e a antecipação dos efeitos da tutela, sendo este último o objeto do presente estudo. Analisando decisões dos JEC e do I Colégio Recursal de Pernambuco, registramos postura inflexível afirmando da incompatibilidade entre as medidas antecipatórias (arts. 273, 461, 798 do CPC e art. 84, §3º da Lei n. 8.078/1990) e o rito do Juizados. Mudança comportamental dos magistrados faz-se imperiosa, sob pena de severo prejuízo à efetividade e razoável duração do processo, preconizados na EC n. 45/2004.

Palavras-chave: Efetividade processual. Juizados Especiais Cíveis. Direito à antecipação dos efeitos da tutela.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Acepções da acessibilidade jurisdicional. 2. Compatibilidade procedimental entre a Lei n. 9.099/1995 e o instituto da antecipação da tutela. 3. Medidas emergenciais na Lei n. 10.259/2001: exemplos dos Juizados Especiais Federais – JEFs. 4. Considerações finais: “razoável duração do processo” e efetividade dos Juizados Especiais Cíveis. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, ressaltou-se o objetivo da celeridade na prestação jurisdicional; entretanto, a atual estrutura processual (notadamente o denso arcabouço recursal ainda existente e o desrespeito aos prazos para o cumprimento dos atos processuais) não permitiu maiores avanços em tal matéria, destacando-se os dados estatísticos revelados pelo último censo do Poder Judiciário, elaborado pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, onde os Estados da Bahia e Pernambuco ocupam os últimos lugares nos índices de lentidão processual.¹

Em 1995, a instituição dos Juizados Especiais (Cíveis e Criminais) divulgaram a ingente necessidade de desburocratizar e desafogar o Poder Judiciário em todos os Estados, divulgando os princípios da celeridade, informalidade, oralidade, economia e concentração dos atos processuais.

Em 2001, com a edição da Lei n. 10.259, os Juizados Especiais Federais completaram a tarefa preconizada com a Lei n. 9.099/1995, incorporando os mesmos vetores antes trabalhados e alargando a atuação da Justiça Federal (nas causas de alçada inferior a 60 salários mínimos), inclusive com a interiorização dos serviços e regionalização das Turmas Recursais.

Contudo, o implemento dos JEC – Juizados Especiais Cíveis, em alguns Estados, não assegurou o desiderato firmado na Lei n. 9.099/1995, mormente por determinados fatores, dentre os quais: a falta de melhor estrutura e disposição de material humano, a cumulação invariável de funções em período de férias, agendamento de audiências inaugurais com

¹ Censo de prestação e celeridade processuais divulgado pelo CNJ em 2009: “Nas Turmas Recursais tramitaram 441 mil processos (321 mil casos novos e 120 casos pendentes) e foram julgados 254 mil processos. Já nos Juizados Especiais, tramitaram 8,2 milhões de processos (4,2 milhões de casos novos e 4 milhões de casos pendentes). Sobre a carga de trabalho dos Juizados Especiais, nota-se que não tem havido muita alteração durante os anos, permanecendo desde 2005 em valores próximos a 9 mil processos por magistrado. O mesmo ocorre com a taxa de congestionamento, que tem oscilado em torno dos 50% ao longo dos períodos analisados. Já nas turmas recursais, não apresentamos os dados de carga de trabalho haja vista que a maior parte dos tribunais não conta com magistrados com atuação exclusiva, prejudicando o cálculo do indicador. No entanto, no quesito taxa de congestionamento, verifica-se que as turmas recursais atingiram em 2008 a maior taxa já vista nos anos anteriores, estando atualmente no patamar de 42%, próxima ao observado em 2005.” Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Justiça em números 2008. Relatório divulgado em 02/06/2009. p. 11. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 02/06/2009.

mais de 60 dias, a inexistência de audiências unas (concentração formal e material dos atos processuais), com intervalos de pautas entre a conciliação e instrução de 02 (dois) anos e, mais drasticamente, o desprezo de institutos processuais obrigatórios na efetiva distribuição da justiça (antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, inversão do ônus da prova e desconsideração da personalidade jurídica)

Sobre o último problema, (o descaso para com institutos processuais indispensáveis à adequada prestação dos serviços judiciais, versará o presente estudo, enfatizando-se a controvérsia ainda presente nos Juizados Especiais Cíveis do Recife, destacando-se o laconismo dos argumentos utilizados para o seu indeferimento, as consequências potenciais para os jurisdicionados e a recomendação dos estudos processuais realizados para a melhoria dos JECs, além de uma análise comparada com a aplicação da antecipação da tutela nas ações propostas nos JEFs – Juizados Especiais Federais, que se valem da mesma norma base (Lei n. 9099/1995) e da Lei n. 10.259/2001 (art. 4º), além da sistemática contida no Código de Processo Civil, para conceder provimentos acautelatórios e antecipatórios no curso de diferentes temas, merecendo relevo questões previdenciárias, trato dos servidores públicos, dos serviços de saúde pública (SUS) e correlatos, onde a urgência é característica comum (ênfase da verossimilhança e do receio de dano irreversível ou de difícil reparação).

A²concessão de medidas antecipatórias nos Juizados Especiais Cíveis do Recife apresenta, ainda, extrema resistência por parte dos juízes togados, sob a justificativa frívola de que há incompatibilidade intransponível entre os procedimentos insertos na Lei n. 9.099/1995 e o Código de Defesa do

² O conceito de antecipação dos efeitos da tutela remonta, no direito processual brasileiro, à reforma do CPC em 1994; entretanto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) regulou o assunto muito antes, ao tratar do tema no Art. 84, conferindo ao julgador a adoção de medidas emergenciais destinadas a assegurar o resultado prático do processo: Os vários problemas que marcam a administração da justiça e a tomada de consciência de que o que importa é a pacificação social, e não a forma através da qual ela é obtida, levaram à retomada da arbitragem e da conciliação como formas alternativas à solução dos conflitos. Além disso, o próprio processo, como técnica, passa por uma deformalização, procurando-se uma via menos formal e mais rápida e econômica para atender às pessoas que ficam impedidas, pelas razões já expostas, de recorrer ao Poder Judiciário. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.69-70.

Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e o próprio Código de Processo Civil (Arts. 273, 461, 798).

Tal fato não deveria ocorrer no atual cenário jurídico, notadamente após a reforma processual civil ocorrida em 1994 e os princípios constitucionais de acesso à justiça e da razoável duração do processo (este último preconizado na EC n. 45/2004), além da aplicação da Lei n. 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) também voltada à concretização da Lei n. 9.099/1995.

Com o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela em sede de juizados, sob o argumento da incompatibilidade procedimental, vislumbramos verdadeira ameaça à consolidação da efetividade processual, em um dos seus mais importantes polos, a saber: os JECs, geralmente localizados em áreas descentralizadas (inclusive Regiões Metropolitanas) e orientados pela oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, além de outros princípios.

O combate à morosidade da prestação jurisdicional³ tem sido um dos principais alvos dos JECs; entretanto, inúmeros julgados prolatados no Recife, em matéria consumerista e de outros interesses difusos, têm negado a concessão das tutelas de urgência, servindo de exemplo as seguintes situações: retirada de dados negativados (SPC/SERASA), atendimento médico/hospitalar em operadoras de planos de saúde (saúde suplementar), obrigação de não fazer (normalmente contida em contratos

³ A instalação dos Juizados Especiais (Cíveis e Criminais), consubstanciada na Lei Federal n. 9.099/1995, representou grande passo na tentativa de agilização do Poder Judiciário; entretanto, os princípios informativos da “Justiça rápida” foram paulatinamente cedendo espaço à tradição do procedimento encontrado na Justiça ordinária, notadamente com a concentração de pautas de audiências com intervalos de 2 ou mais anos e a negativa de aplicação dos institutos da antecipação da tutela, da inversão do ônus da prova e até mesmo da desconsideração da personalidade jurídica. Os dogmas do procedimento ordinário precisam definitivamente ser afastados dos Juizados, sob pena de sua perda gradativa de objeto: A morosidade da prestação jurisdicional oriunda, como vimos, das mais diversas causas, está ligada, ainda, à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura, sem dúvida, encontrava-se superada. A inefetividade do procedimento ordinário transformou o Art. 798 do Código de Processo Civil em autêntica válvula de escape para a prestação da tutela jurisdicional adequada (...) A tutela antecipatória, em outras palavras, foi tratada como tutela cautelar, embora esta última tenha por fim apenas assegurar a viabilidade da realização do direito. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do Processo Civil. São Paulo:Malheiros, 1999. p.122-123.

de adesão ou desconto em folha/cartão de crédito), restabelecimento de serviços públicos essenciais (fornecimento de água, telefonia, energia elétrica, etc), o que nos leva a questionar: qual a verdadeira utilidade dos JECs em tal momento?

Qual a razão da inexistência de um padrão de procedimento/atendimento pertinente à antecipação dos efeitos da tutela? Os julgadores negam efetividade à Constituição Federal de 1988, com tal atitude?

Demonstrar a completa compatibilidade entre a antecipação dos efeitos da tutela e o rito procedimental existente nos Juizados Especiais Cíveis, (inclusive com a necessidade de padronização por enunciado do Colégio Recursal ou do próprio Tribunal de Justiça – seguindo as diretrizes do Fórum Nacional de Juizados Especiais - FONAJE), reforçando a ideia da efetividade processual e acesso à Justiça, são metas essenciais para a melhoria do atendimento ao jurisdicionado.

1. ACEPÇÕES DA ACESSIBILIDADE JURISDICIONAL.

A expressão “acessibilidade jurisdicional” comporta inúmeras aplicações, destacando-se a facilitação do acesso à Justiça, com a desburocratização dos serviços, a economia e concentração dos atos processuais, a adoção da informalidade, a descentralização dos postos de atendimento físico, a criação dos Juizados Virtuais (processos exclusivamente digitalizados, inclusive com extrema redução de gastos na manutenção do feito), aparelhagem e servidores preparados para atender pessoas com necessidades especiais, além da própria forma de conduzir o processo.

Desde a adoção no Brasil da corrente de acesso à Justiça (Cappelletti e outros), passando pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, arts. 6º, 84, 3º), pela reforma processual de 1994, além das Leis n. 9.099/1995 e 10.259/2001, além de outras posteriores, responsáveis pela simplificação do processo de execução (processo sincrético), muito foi debatido sobre a possibilidade de redução de custos e otimização da tutela jurisdicional; contudo, a discussão ainda está longe de ser encerrada, principalmente pela inexistência de uniformização procedimental nos próprios Juizados como destinatários maiores da celeridade.

A mensuração do desenvolvimento de um país também é feita pela velocidade emprestada à solução dos conflitos trazidos a juízo e o número

de julgadores existentes por habitantes; todavia, tal elemento estatístico isolado de nada serve.

O comportamento dos magistrados também merece destaque na equação demanda e oferta, ponderando-se elementos como a assiduidade, a pontualidade, a transparência e a rapidez na prestação jurisdicional, além do zelo na prolação de seus atos e efeitos causados por estes; assim, importa grifar o modo de aplicação do Direito e a preocupação com a “função social da jurisdição” no fortalecimento das garantias constitucionais e da própria noção de Estado, de modo a evitar a “justiça de mão própria”, extremamente imprevisível e digna do absolutismo sem freios.

Passo importante no controle dos atos judiciais é a sua divulgação e constante debate, inclusive no meio acadêmico (dado facilitado hodiernamente com o uso crescente da informática, mas carecedor de ampliação para agilizar a marcha processual); de igual modo, a uniformização dos procedimentos também merece realce.

Representantes dos Juizados Especiais de todo o Brasil encontram-se para a elaboração de propostas/enunciados, destinados à uniformização de procedimentos; mas, a edição de tais recomendações não vincula a magistratura, servindo-lhe unicamente de referencial de atuação, de modo que decisões e sentenças podem ser proferidas/prolatadas em total discordância da orientação adotada no FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais (Cíveis e Criminais).

É o quadro encontrado nos JECs do Recife quanto à aplicabilidade da antecipação da tutela e outros institutos tão importantes quanto o primeiro (v.g. inversão do ônus da prova e desconsideração da personalidade jurídica): algumas decisões consagram o provimento antecipatório, rendendo homenagem à utilidade e efetividade do processo (debate sobre contratos de adesão, restrição cadastral, restabelecimento de serviços essenciais (art. 22 da Lei n. 8.078/1990), prestação dos serviços de saúde, etc) e outras negam completamente a sua aplicação sob o argumento fragilizado da incompatibilidade procedimental e falta de previsão expressa do instituto no texto da Lei n. 9.099/1995.

Estaríamos diante da cena mitológica de Procusto, ao submeter, na região da Ática, suas vítimas à tortura em um leito que era adequado violentamente ao perfil físico do supliciado (no caso em comento o leito

seria a decisão judicial desprovida de qualquer ânimo de justiça social e a vítima na figura do jurisdicionado)?

Ao segundo grupo de decisões, segue a nossa crítica: os influxos do constitucionalismo moderno e do processo social são insuficientes para uma reviravolta de paradigmas?

A quem deve servir a prestação jurisdicional? Qual o verdadeiro escopo dos serviços judiciais? O formalismo e a interpretação exclusivamente literal servem de desculpa acomodada para a negativa da efetividade processual?

Ora, a Lei não exaure nenhum conteúdo jurídico (*Lex non docet*) e muito menos ditará o comportamento do magistrado em todas as situações do seu mister; entretanto, tal raciocínio não parece preocupar a elaboração de algumas decisões emanadas dos Juizados Especiais Cíveis da capital pernambucana, donde podemos citar alguns exemplos:

DESPACHO. Não conheço do pedido de antecipação de tutela formulado pela parte autora, por entender que não há previsão legal para tanto, visto que a lei nº 9099/95, que rege este Juizado Especial Cível, não traz qualquer disposição neste sentido. Intime-se a parte interessada. Aguarde-se a audiência já designada. Recife, 16 de setembro de 2008. Sérgio José Vieira Lopes Juiz de Direito.

TJPE. IV Juizado Especial Cível. Processo n. 4308/2008. Decisão proferida em 16/09/2008.

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS. INCABIMENTO. Enunciado nº 06 do I Colégio Recursal tornou incontroverso que “nos Juizados Especiais não são admitidas medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela, por falta de expressa previsão da lei especial e por contrariar a sua sistemática processual. De verificar que a Lei nº 9.099/95 prestigia a concentração dos atos processuais, observando o princípio da celeridade. A remessa do feito ao juiz para qualquer decisão interlocutória, precedendo a sessão de conciliação, implica na desvirtuação do rito especial, sumaríssimo, em contradição com o próprio sistema” (D.P.J., de 17 de abril de 1998). A impetração do “mandamus” hostiliza a decisão interlocutória afastada da sistemática da Lei nº 9.099/95 quando ofertou efeitos

de antecipação da tutela em ação aforada, por opção do autor, perante os Juizados Especiais Cíveis. Os instrumentos-institutos dos arts. 273 e 798 do Código de Processo Civil e do parágrafo 3º do art. 84 da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) são operativos da Justiça Ordinária, não tendo incidência prevista para as ações opcionalmente propostas em Juizados Especiais que dispõem de procedimento próprio, autônomo, cuja operacionalidade reclama uma agilização processual compatível com o próprio sistema, para tanto munida de instrumentos específicos, os quais buscam a rápida solução do litígio pela conciliação ou pela presteza do julgamento. **A aplicação subsidiária daqueles institutos descaracteriza o sistema dos Juizados Especiais. A decisão concessiva de tutela de urgência, em sede dos Juizados, não tem amparo legal, à falta de previsão expressa da lei, não se confortando, destarte, com a ideia-força dos princípios que norteiam o procedimento sumaríssimo.** Concessão da segurança, à unanimidade, para anular a decisão interlocutória proferida.

TJPE. I JERC. Mandado de Segurança – Recurso nº 00060/1998 - Relator : Jones Figueiredo Alves - 29/09/1998)

INCLUSÃO INDEVIDA DE NOME DO CONSUMIDOR EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO ADEQUADAMENTE ARBITRADA. RECURSO IMPROVIDO . CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. Trata-se de recurso contra decisão que condenou a recorrente no pagamento de indenização por danos morais , em virtude de inclusão indevida do nome da recorrida no cadastro do SERASA. Em suas razões, a recorrente alega que a negativação foi devida, pois houve solicitação da linha, que foi regularmente instalada, com consumo, não pago, gerando a restrição em questão, pedindo a improcedência do pedido, ou, alternativamente, a redução do valor da indenização, tido por excessivo, fixado na sentença em R\$ 4.000,00. **O recorrido, nas contrarrazões, pugna pela antecipação dos efeitos da tutela, pedido que não conheço, por incompatível com o procedimento dos juizados cíveis.** Da análise dos autos, verifica-se que a recorrente reconhece ter efetuado a restrição cadastral

noticiada pela recorrida em sua inicial, porém ela, recorrente, quando era ônus seu, não comprova a efetiva solicitação da linha pela recorrida, nem mesmo a instalação da linha em endereço de residência desta. A recorrida, por sua vez, comprovou seu endereço, diferente daquele em que a linha foi instalada, demonstrando ainda que recebeu comunicação do banco onde mantém conta corrente, avisando da restrição cadastral, que impossibilitaria renovação de cheque especial. Diante de tal circunstância fática, fica demonstrada a falha na prestação do serviço pela recorrente, o que indica que a negativação ocorreu de forma indevida, se tornando ato ilícito de responsabilidade da recorrente, que agiu de forma negligente em relação à recorrida, maculando sem justa causa o nome e o crédito desta. Configurado, portanto, o dano de natureza moral, não merecendo reparo o valor da indenização, diante da repercussão e abalo suportados pelo recorrido, levando-se em conta o prazo de indevida restrição, desde fevereiro de 2002, e o conhecimento do fato por terceiro, estabelecimento bancário onde a recorrida é correntista. Voto pela manutenção da decisão, inclusive quanto ao valor da indenização, adequado à sua dupla finalidade e às circunstâncias do caso, com condenação da recorrente em honorários à base de 20% do valor da condenação.

**TJPE. I Colégio Recursal. Recurso Inominado n. 1234/2003.
Relator: Juiz Sérgio José Vieira Lopes. DJ: 25/08/2003.**

2. COMPATIBILIDADE PROCEDIMENTAL ENTRE A LEI N. 9.099/1995 E O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

Ao nosso modo de entender, inexistente argumento capaz de afastar a aplicabilidade das medidas de urgências em sede dos Juizados Especiais, independentemente da ausência de previsão expressa, pelo simples fato da consagração do acesso à Justiça e do fim em si mesmo do Poder Judiciário que, longe da prestação de serviços à sociedade, atingiria o ocaso, sem qualquer oportunidade de recuperação, não justificando os pesados gastos feitos anualmente com a sua manutenção, de modo que a Lei n. 9.099/1995 apenas corroborou a ideia de otimização dos serviços judiciais e não pode ser reduzida à mera carga hermenêutica literal, desprovida de qualquer valor social quando de sua aplicação.

Em consonância com tal raciocínio, trazemos os seguintes exemplos dos JECs e dos JEFs (Turmas Recursais):

Decisão – Tutela: RUTE DOS ANJOS ALMEIDA, qualificada nos autos, ingressou com a presente queixa contra CELPE - GRUPO NEOENERGIA, em que requer a antecipação parcial dos efeitos da tutela, visando que a ré restabeleça o fornecimento de energia elétrica em sua residência. Os requisitos da tutela específica do art. 84, do CDC, encontram-se presentes. **Em se tratando de relação de consumo, aplica-se a Lei 8.078/90, norma de ordem pública e interesse social, a qual guarda plena consonância com os objetivos da Lei 9099/95, que veio para facilitar o acesso à Justiça. É importante ressaltar que o próprio CDC, em seu art. 5º, prevê os Juizados Especiais Cíveis como instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, prova de que não há qualquer impedimento para a aplicação do art. 84 da Lei 8.078/90 perante os Juizados Especiais, em caráter excepcional.** Observando ainda que a causa debendi se encontra em questionamento e, considerando não ser lícito uma pressão administrativa de cobrança, paralela ao pedido de tutela jurisdicional, resolvo acolher a tutela antecipada, até ulterior deliberação deste Juízo sobre o meritum causae. Posto isto, considerando o que consta dos autos, CONCEDO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA para determinar que a parte ré se abstenha, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a alçada deste Juizado, de suspender o fornecimento de energia à residência da parte autora. Caso o corte já tenha se efetivado, determino que a ré, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a alçada deste Juizado, restabeleça o fornecimento de energia à residência da parte autora. Fica a autora ciente que, em caso de improcedência da ação, terá que arcar com todos os valores atrasados. Fica a Demandada advertida do crime de desobediência à ordem judicial, que é permanente, até que se cumpra a ordem (Art. 330 do Código Penal). Intimem-se e cumpra-se. Recife, 22 de fevereiro de 2007. ALDEMIR ALVES DE LIMA Juiz(a) de Direito Tribunal de Justiça de Pernambuco Poder Judiciário I J E das Relações de Consumo da Capital Av. Martins de Barros, 593 – Térreo - Santo Antônio - Recife/PE - CEP: 50010-230 - F: (81)3419-3683 Processo nº 001132/2007-

00 Turma - AT Demandante: RUTE DOS ANJOS ALMEIDA
Demandado: CELPE GRUPO NEOENERGIA 1

TJPE. I Juizado Especial das Relações de Consumo. Processo n. 1132/2007.

É mandado de segurança contra decisão que concedeu tutela antecipada para assegurar a “continuidade da prestação dos serviços e o cumprimento de obrigações contratuais”, até ulterior deliberação do juízo monocrático, nos autos da queixa movida pelos litisconsortes contra a impetrante em que se debate a respeito de seguro saúde. Em sua inicial, a impetrante alega tão somente o não cabimento da medida no âmbito do juizado. Indeferida a liminar, a autoridade impetrada prestou as informações solicitadas e os litisconsortes responderam, tendo o Ministério Público opinado pela denegação da ordem. **O fato de não existir previsão na lei 9.099 não é argumento suficiente para que a medida não seja adotada no juizado, seja pela aplicação subsidiária do CPC, seja porque está em consonância com o princípio maior do juizado, ou seja, a celeridade processual. E com maior razão no caso dos autos, em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o disposto no art. 84, p. 3º, do CDC. É inconsistente o argumento de que a medida contraria a celeridade do juizado, obrigando a apresentação do processo ao juiz antes da audiência de instrução e julgamento, primeiro porque tal fato é inevitável, com as diversas dúvidas que surgem durante a conciliação e que precisam de decisão do juiz, depois e sobretudo porque não pode prevalecer o império da forma. Quanto à agilização da prestação jurisdicional havia antes muita retórica e pouca iniciativa. Hoje, existe um esforço concreto, daí as reformas processuais, de modo que o julgador precisa estar em sintonia com o sentimento da sociedade. A propósito, ainda nesse particular, destaca-se a lei que instituiu o Juizado na âmbito da Justiça Federal, que prevê a medida expressamente, não havendo razão para que não seja admitida no âmbito estadual.** Com relação ao recurso, a decisão que conceder ou negar tutela antecipada pode ser impugnada por mandado de segurança, de modo a permitir a verificação dos requisitos legais em 2ª instância. Na verdade, o mandado de segurança tem sido utilizado eficientemente como sucedâneo de recurso, como amplamente consagrado na jurisprudência.

Quanto ao enunciado 6º, destacado na inicial, convém lembrar que foi proposto quando da composição anterior do CR, ou seja, em sua turma única, de modo que não pode prevalecer haja vista a criação das novas turmas julgadoras. A propósito, admitindo a tutela antecipada no âmbito do juizado, destaca-se o enunciado 26º do Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Assim, o voto é para indeferir o pedido. ACÓRDÃO - Realizado o julgamento do recurso, no qual são partes, como recorrente, BRADESCO SAUDE S/A e, como recorrido, AUTORIDADE JUDICIARIA DO JEC - BOA VISTA, em 26 de março de 2007, a quinta turma do Colégio Recursal, composta dos Juizes de Direito, Dr. DARIO RODRIGUES LEITE DE OLIVEIRA, Dr. JOSE MARCELON LUIZ E SILVA e Dr. JORGE LUIZ DOS SANTOS HENRIQUES, sob a presidência do primeiro, proferiu a seguinte decisão: vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juizes componentes da Quinta Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, na conformidade da Ata de Julgamento, à unanimidade, decidiu-se por negar a segurança, nos termos do voto do relator.

TJPE. I Colégio Recursal. 5ª Turma Recursal. MS 7677/2006. Relator: Juiz Jorge Luiz dos Santos Henriques. DJ: 26/03/2007.

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À LEI 9.099/95 E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. CONFIGURAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. Trata-se de mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito do I Juizado Especial Cível de Jaboatão dos Guararapes que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela nos autos do processo 4757/2002, para determinar à impetrante que se abstivesse de cancelar o contrato de assistência à saúde da qual é beneficiária Sra. ANDRÉA IZÍDRIO. O impetrante fundamenta sua pretensão no argumento de que a medida de antecipação dos efeitos da tutela constitui procedimento incabível em sede de Juizados Especiais Cíveis, nos termos do Enunciado No. 06 deste Colégio Recursal, por desvirtuar os princípios que norteiam o rito

processual instituído pela Lei 9.099/95, na qual inexistia previsão de recurso contra tais decisões, cingindo-se os fundamentos do impetrante apenas ao aspecto do cabimento do ato atacado no regime da Lei 9.099/95, sem oferecer o impetrante qualquer ataque aos fundamentos acolhidos pela autoridade impetrada no que se refere à identificação dos requisitos específicos para o deferimento da medida, quais sejam, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o risco de dano irreparável à parte autora da ação na qual foi deferida a medida ora hostilizada. Indeferida a liminar requerida pelo impetrante, a autoridade apontada como coatora prestou informações, o litisconsorte passivo necessário, regularmente citado, ofereceu resposta e o representante do Ministério Público opinou, às fls. 121/122, pelo indeferimento da segurança perseguida. O mandado de segurança foi interposto em seu prazo legal, estando regularmente preparado e instruído, sendo o remédio constitucional, em tese, perfeitamente admissível na presente hipótese, na qual o impetrante se insurge contra decisão judicial de caráter interlocutório emanada de autoridade judiciária em sede de Juizado Especial Cível, contra a qual não há recuso previsto em lei. Em um primeiro passo, cuido que a ausência de expressa previsão na lei 9.099/95 acerca de deferimento de medidas antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito, bem como a ausência de previsão legal de recurso contra decisão interlocutória proferida em sede de Juizados Especiais Cíveis não constituem óbice à apreciação e eventual deferimento de medidas dessa natureza no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Com efeito, insta realçar que esta não se afigura a única hipótese em que um juiz em exercício jurisdicional em Juizado Especial Cível seja provocado a decidir questões incidentes em um processo regido pelo procedimento da lei 9.099/95 e, a toda evidência, o argumento de que a lei não prevê recurso contra decisão interlocutória não se prestará para dispensar o magistrado de enfrentar e decidir as questões incidentes que eventualmente se imponham na marcha processual. Não há, portanto, qualquer descaracterização do regime processual da Lei 9.099/95 nem qualquer ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da concentração dos atos processuais no fato de haver o julgador decidido questão incidente para o qual foi instado a decidir no curso da lide. Para a preservação do direito à ampla defesa e ao segundo grau de jurisdição em casos em que não há recurso previsto na legislação, como é o caso da decisão

interlocutória proferida incidentalmente no processo regido pela lei 9.099/95, a própria lei 1.533/51 oferece a possibilidade de ajuizamento excepcional do remédio heroico como sucedâneo do recurso. O argumento de que a antecipação dos efeitos da tutela vulnera o princípio da conciliação por ensejar ao beneficiário da medida o desinteresse em transigir, também se me afigura frágil, uma vez que também se poderia, em tese, argumentar, no sentido oposto, de que a impossibilidade de deferimento de medida de tal natureza levaria a parte adversa ao desinteresse na conciliação, o que também se afigura uma tese frágil. Na realidade, é fato que se apresenta evidente até mesmo para os litigantes desassistidos de advogado, que o deferimento ou não da medida antecipatória constitui medida de natureza provisória, que será revista e definitivamente decidida apenas quando do julgamento definitivo da lide, de modo que o deferimento ou não dessa medida não enseja em prejulgamento da lide nem em decisão definitiva que autorize os litigantes a crer no sucesso definitivo de sua demanda a ponto de se desinteressar pelas vantagens de uma conciliação. A medida de antecipação dos efeitos da tutela visa apenas atender a situações de urgência que não possam aguardar o julgamento definitivo da lide, de modo que, no âmbito dos Juizados Especiais, de processamento mais célere e sumário, tais medidas hão de ser acolhidas com uma excepcionalidade ainda maior, sendo apenas cabível quando, de fato, a urgência da medida não comportar nem mesmo que se aguarde o desfecho definitivo do processo submetido ao procedimento do Juizado Especial. Como restou bem salientado pela autoridade ora impetrada, quando da apreciação do pedido de reconsideração formulado pelo ora impetrante (fl. 97): **“A apreciação da tutela acautelatória ou antecipatória impõe-se, não só como instrumento indispensável ao guarnecimento o direito material ameaçado, como também a atender o princípio da efetividade, abandonando os “ritualismos”, hoje injustificáveis. Este é o verdadeiro espírito da Lei 9.099/95”. De fato, ressaí evidente que as medidas acautelatórias e as antecipatórias emprestam maior efetividade ao processo e não resultam em ofensa aos princípios que orientam o processo instituído pela Lei 9.099/95.** Por outro lado, submeter às vias ordinárias questões de menor complexidade apenas porque as mesmas demandam providências urgentes também de menor complexidade, isso sim vulnera, data maxima vênia, o espírito

de desapego aos ritualismos que inspira os Juizados Especiais Cíveis. A medida deferida pela autoridade impetrada afigura-se, portanto, plenamente cabível no regime da lei 9.099/95, observados os requisitos específicos dessa medida, bem como sua excepcionalidade no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. **O Enunciado n. 6 deste Colégio Recursal encontra-se superado pela recente 25ª proposição do II Encontro de Juizes de Juizados Especiais do Estado de Pernambuco e pelo Enunciado 26 do Fórum Permanente de Juizes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, nos quais, após amplas e exaustivas discussões, restou concluído que são cabíveis a tutela antecipatória e a acautelatória nos Juizados Especiais Cíveis, em caráter excepcional.** Por último, não há qualquer irresignação do impetrante no que se refere à existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações da autora da demanda na qual foi deferida a antecipação da tutela bem como sobre o risco de dano irreparável à saúde da autora daquela demanda, o que motivou o deferimento da medida antecipatória da tutela restando esses requisitos legais bem identificados no ato hostilizado. Não há, portanto, ilegalidade no ato judicial atacado, não merecendo prosperar, por conseguinte, a pretensão do impetrante. Em razão do exposto, nego a segurança pretendida e condeno o impetrante ao pagamento das custas do processo. Sem honorários, ante o que dispõe a Súmula 512 do STF e a Súmula 105 do STJ.

TJPE. I Colégio Recursal. Turma Recursal Única. MS 4757/2002. Relator: Juiz Abelardo Tadeu da Silva Santos. DJ: 29/05/2003.

3. EXPRESSA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS EMERGENCIAIS NA LEI N. 10.259/2001: EXEMPLOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – JEFS.

Infelizmente, a cultura da interpretação literal da norma jurídica ainda grassa no Judiciário nacional, merecendo destaque as decisões que paulatinamente afastam-se de tal postura que muito atrasa o avanço da prestação jurisdicional.

A realidade dos Juizados Especiais Federais, onde a Lei n. 10.259/2001 expressamente consagra a antecipação da tutela, arrefece o debate sobre a concessão das medidas de urgência e reforça a aplicação dos princípios norteadores dos Juizados Especiais como um todo, nos termos do Art. 4º da citada Lei:

Art. 4º O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.

Ressalte-se que o objetivo maior da conciliação não restou prejudicado e tampouco desprezado na estrutura dos JEFs, de modo que o Art. 3º da Lei n. 10.259/2001 o identificou:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças

Destacando-se a importância das medidas antecipatórias como mecanismos de efetivação do processo e desapego ao formalismo excessivo, trazemos exemplos de julgados proferidos nas Turmas Recursais dos JEFs - Juizados Especiais Federais:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA DECISAO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÕES APACIENTE PORTADOR DE HTLV-I. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE LITISCONORTE PASSIVO OBRIGATÓRIO. DESCABIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS JUIZADOS ESPECIAIS. POSSIBILIDADE.

1. Encontrando-se a demanda limitada ao valor previsto em lei e não ocorrendo nenhuma das situações de exclusão legalmente previstas, não há que se falar em incompetência do Juizado Especial Federal.

2. Inexiste ilegitimidade passiva da União para o fornecimento de medicamento, pois a Constituição Federal e a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, estabelece a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde.

3. Cabível a antecipação dos efeitos da tutela nos Juizados Especiais Federais como medida de urgência prevista no art. 273, inciso I, do CPC, efetuando-se uma interpretação não literal do art. 4º da Lei nº 10.259/2001, conforme exige o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, como também considerando a aplicação supletiva do Código de Processo Civil.

4. Comprovada a existência nos autos de prova inequívoca da doença da Recorrida, bem como a verossimilhança da alegação da responsabilidade solidária da União e o fundado receio de dano irreparável à saúde sem o fornecimento do medicamento necessário, deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

5. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso inominado, com pedido de liminar com efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo ilustre Juiz Federal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que nos autos da Ação nº 2004.758491-2, concedeu antecipação dos efeitos da tutela da obrigação de fazer, para determinar à Recorrente a adoção de providências necessárias ao fornecimento regular de medicamento e materiais necessários ao tratamento da enfermidade da Recorrida.

Preliminarmente, a Recorrente alega a ilegitimidade passiva da União, a inaplicabilidade de tutela antecipada e a incompetência do Juizado Especial Federal. No mérito, afirma que a própria Política Nacional de Medicamentos prevê que a distribuição de fármacos seja da alçada dos governos estaduais. Acresce que não há provas a sustentar a antecipação da tutela. Aponta o risco de desequilíbrio das contas públicas, como advertido pela Lei Complementar n.º 101/2000, não se podendo cingir apenas a questão emocional, uma vez que, concedida a tutela antecipada, o quanto despendido pelo Estado a ele não retornará. Cita decisão anterior do STJ, negando pleito semelhante por ferir a igualdade visada no SUS, quando não respeitadas as vias regulares para fornecimento de medicação. Em decisão monocrática sobre pedido de liminar, o Juiz Relator manteve a decisão de primeiro grau, negando o efeito

suspensivo solicitado ao recurso. Contrarrazões às fls. 74/82, patrocinada pelo Defensor Público da União. É o relatório.

VOTO. O EXMO. SR. JUIZ RELATOR:

DA ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Rejeito a preliminar de incompetência do Juizado Especial Federal para a conciliação, processo e julgamento da causa, uma vez que, encontrando-se esta limitada ao valor previsto em lei e não ocorrendo nenhuma das situações de exclusão constantes do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.259/2001, não há que se falar em incompetência do Juizado Especial Federal. Deve o princípio constitucional da legalidade prevalecer sobre os princípios legais da simplicidade e informalidade, previstos no art. 2º, da Lei nº 9.09/95, não podendo ser afastada a competência absoluta do Juizado Especial Federal pela simples alegação de complexidade jurídica da causa.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO

Rejeito, também, a alegação de ilegitimidade passiva da União. Inicialmente, cabe esclarecer que a Ação Ordinária nº 2004.33.00.758491-2, ao contrário do informado pela recorrente, foi também ajuizada contra a União, em litisconsórcio com o Estado da Bahia e o Município de Santo Antônio de Jesus. Por outro lado, a Constituição Federal, nos arts. 196 e 198, atribuiu indistintamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o dever de cuidar da saúde de todos os brasileiros. Também a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, reproduz idêntica norma de responsabilidade do Estado, sem distinção entre os diversos entes políticos. Desse modo, se o Estado ou o Município não fornecem os medicamentos necessários à sobrevivência do paciente, o atendimento de tal necessidade premente deve ser feita à conta da União, para garantia dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

DA INAPLICABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Rejeito, ainda, a preliminar de inaplicabilidade da tutela antecipada no Juizado Especial Federal . O art. 4º da Lei nº 10.259/2001 estabelece que o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo para evitar dano de difícil reparação. A interpretação jurídica da referida norma não pode ser literal ou gramatical, mas sociológica, como exige o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Assim, a compreensão científica do referido texto legal é de que ele permite no Juizado Especial Federal a concessão de tutela ou medida de urgência, assim entendida tanto a medida cautelar como a antecipação de tutela prevista no art. 273, inciso I, do CPC, quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Além disso, na omissão das Leis nºs 10.259/2001 e 9.099/95, cabe a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, como lei geral que rege o direito processual civil brasileiro, como reconhecido pela jurisprudência e doutrina. Nesse sentido, os comentários de Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, Revista dos Tribunais, 2002, p.63): “Não se pode perder de vista que, nada obstante o silêncio da Lei nº 10.259/2001, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal são macrossistemas instrumentais e, nesta qualidade, independem de quaisquer referências expressas para encontrar ressonância e aplicabilidade”. Cabe, ainda, rejeitar a alegação da inaplicabilidade da tutela antecipada contra o Poder Público, com base no art. 1º, da Lei nº 9.494, de 10.09.97. Conforme posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, somente não pode ser deferida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal

ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. (RCLMC nº 1.638/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ/I de 28.08.2000, p.9). Também a tutela antecipada pode ser concedida sem a oitiva prévia da parte adversa, quando se verifica urgência na sua concessão, ou seja, há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente nas causas que objetivam a garantia do direito à vida ou do direito à saúde (cf. Nelson Nery Junior e Rosa Nery, Código de Processo Civil comentado, 6ª ed., p. 648). A alegação de ausência dos pressupostos autorizadores da concessão da antecipação dos efeitos da tutela será examinada juntamente com o mérito do recurso.

MÉRITO

A decisão recorrida (fls. 57/59) deferiu o a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à União o fornecimento do medicamento imunoglobina venosa 10,0 g/dia, enquanto durar o tratamento médico, bem como para colocar à disposição da doente todo e qualquer recurso disponível junto ao SUS. A referida decisão, como é facilmente perceptível, não é irreversível, pois pode ser interrompida a qualquer momento. Também não esgota o objeto da ação, uma vez que nesta o pedido é mais amplo de fornecimento do tratamento e medicação adequada ao paciente. A prova existente nos autos demonstra que os requisitos da medida de urgência da tutela antecipada foram observados. A prova inequívoca encontra-se presente nos relatórios médicos (fls. 46/54) que atestam ser a Recorrida portadora de Paraparesia Espástica Tropical, mielopatia provocada pelo vírus linfotrópico de células T humanas do tipo HTLV I, em razão do quê necessita do uso de imunoglobulina venosa e outras medicações que estão além de suas possibilidades econômicas. A verossimilhança da alegação decorre da proteção constitucional aos direitos à vida e à saúde, bem como do correspondente dever do Estado, previstos nos arts. 5º, “caput” e 196, da Constituição Federal. O fundado receio de dano irreparável, reside nas complicações da doença e no risco de vida a que a Recorrida estaria exposta, caso não fizesse uso do medicamento necessário ao controle da doença. A existência do Sistema Único de Saúde, com atuação administrativa descentralizada, não exime a União da responsabilidade pelo fornecimento de medicamento imprescindível à manutenção da saúde da Recorrida, pois os entes políticos federais, estaduais

e municipais têm a obrigação solidária de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, conforme art. 2º, da Lei nº 8.080/90.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

‘RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO POLO PASSIVO DA DEMANDA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas.

2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala).

3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda

5. Recurso especial desprovido.”(RESP 507205 / PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 17.11.2003 p. 213)

Isso posto, nego provimento ao recurso. Sem honorários advocatícios, pois a parte Recorrida é assistida pela Defensoria Pública. É o voto.

TRF1ª. Turma Recursal. Recurso Inominado. 2004.33.00.759037-1. Relator Juiz Federal Pedro Braga Filho. DJ: 31/01/2005.

Decisão. Trato de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo manejado pela União Federal contra decisão que deferiu o pedido da parte autora, de inclusão do tempo de serviço público na administração indireta para fins de promoção na carreira. Para a atribuição do efeito suspensivo ao recurso ou a antecipação de tutela recursal, faz-se necessária, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a verossimilhança das alegações, fundadas em prova inequívoca:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...)

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (...)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Na hipótese em exame, em que pese o entendimento esposado pelo Magistrado prolator da decisão concessiva de tutela, afigura-se-me que a pretensão autoral implica modificação do ato que deixou

de conceder a averbação de tempo de serviço na Administração Indireta. Em novos termos, corresponde ao requerimento de substituição de um ato por outro, o que resulta inexoravelmente na anulação de ato administrativo. Por conseguinte, aplica-se ao caso a regra prevista no art. 3º, §1º, III, da Lei 10.259/2001:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: (...)

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

Assim, verifico a incompetência absoluta do Juizado Especial Federal para o julgamento da presente demanda. Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a decisão recorrida. Comunicar à(o) MM. Juiz(a) Federal da 5ª Vara – JEF – o inteiro teor da presente decisão. Intimar a parte agravada para, querendo, apresentar resposta ao presente recurso (art. 527, V, do CPC).

TRF 5ª. 1ª Turma Recursal. Relatora: Telma Maria Santos. Ação originária: 5ª Vara Federal/SE/JEF: 2008.85.00.502928-7. Data: 25/09/2008.

Decisão: Trato de agravo de instrumento manejado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – contra decisão interlocutória que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nos autos de processo em trâmite junto ao Juizado Especial Federal. Requer a autarquia previdenciária a concessão de efeito suspensivo ao recurso, sob o fundamento de ausência dos pressupostos autorizadores da tutela de urgência e grave lesão de difícil reparação ao erário em razão do desembolso mensal de verba pública. Relatados. Decido. Para que seja atribuído o efeito suspensivo ao recurso ou a antecipação de tutela recursal, faz-se necessária, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a verossimilhança das alegações, fundada em prova inequívoca:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...)

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (...)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O benefício de auxílio-doença deve ser concedido ao segurado que comprove o acometimento de incapacidade que o inabilite para o desempenho de atividade laborativa. A comprovação do nível de incapacidade do segurado deve ficar a cargo de médico-perito, profissional que detém o conhecimento técnico necessário para que se afira o alcance da deficiência que acometeu o recorrido. Entretanto, tal conclusão não vincula o juiz, haja vista que há situações em que, não obstante o expert entenda que a deficiência não torna o segurado incapacitado para a vida independente e para o trabalho, tal deficiência inviabiliza a prática de atividades que podem ser exercidas por ele, de modo que se torna devido o benefício postulado.

No caso em apreço, sublinho a manifesta incapacidade da parte demandante para o labor, comprovada por relatórios médicos. Neles, atesta-se que a parte é portadora das enfermidades indicadas na petição inicial. De outro vértice, a gravidade de seu quadro clínico exige especial tratamento de saúde e revela a impossibilidade para o trabalho, enquanto persistirem as adversidades patológicas. Mantida a situação de incapacidade e não existindo causa de indeferimento do benefício, a postulante deve receber o auxílio-doença. Portanto, resta desconfigurada a verossimilhança das alegações do Agravante, para ensejar a concessão do efeito suspensivo pleiteado. Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e deixo de conceder o efeito suspensivo ao presente recurso. Comunicar à(o) MM. Juiz(a) Federal da 5ª Vara – JEF – o inteiro teor da presente decisão. Intimar a parte agravada para, querendo, apresentar resposta ao presente recurso (art. 527, V, do CPC).

TRF 5ª. 1ª Turma Recursal. Relatora: Telma Maria Santos.
Ação originária: 5ª Vara Federal/SE/JEF: 2008.85.00.503628-0.
Data:25/09/2008.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO” E EFETIVIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

O Poder Judiciário do século XXI deve ser liberto das amarras do formalismo excessivo que não é aliado da sadia prestação jurisdicional; antes de tudo, deve buscar a razoabilidade sem ferir a segurança jurídica, aproximar-se dos jurisdicionados e conhecer-lhes as necessidades concretas dos litígios apresentados, enfim: prestar a tutela pretendida em tempo compatível com a precisão e a Justiça em único momento.

De nada adianta insistir na efetividade processual e na razoável duração do processo, paradigmas preconizados na Emenda Constitucional n. 45/2004, sem uma mudança progressiva de comportamento por parte dos magistrados, em conjunto e não isoladamente.

Assim, a proposta trazida no bojo da referida EC, somente será concretizada com uma reforma dupla no cenário jurídico nacional: enxugamento da atividade recursal e nivelamento das partes na relação jurídica processual e gradativa alteração do modo de agir dos magistrados apegados ao excessivo formalismo em detrimento da Justiça.

Sugere-se, portanto, a revogação do Enunciado n. 06 do I Colégio Recursal do Estado de Pernambuco, por absoluta incompatibilidade com a hodierna sistemática e princípios processuais, quando dispõe:

MEDIDAS CAUTELARES - Nos Juizados Especiais não são admitidas medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela, por falta de expressa previsão da lei especial e por contrariar a sua sistemática processual. De verificar que a Lei n.º 9.099/95 prestigia a concentração dos atos processuais, observando o princípio da celeridade. A remessa do feito ao juiz para qualquer decisão interlocutória, precedendo a sessão de conciliação, implica na desvirtuação do rito especial, sumaríssimo, em contradição com o próprio sistema.

Além de tal recomendação, registremos que a regra prevista no Art. 84, 3º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) constitui um poder-dever do magistrado, verificados os requisitos de sua concessão (verossimilhança do alegado e fundado receio de imprestabilidade das medidas ulteriores).

REFERÊNCIAS.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. São Paulo:Malheiros, 1999.

MITIDIERO, Daniel. **Diálogo das fontes e formas de tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor**. In. Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor. (org). Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.55-63.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Questões controvertidas de Processo Civil e de Direito Material**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de Processo Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SENTENÇA PRIMA FACIE NOS JUIZADOS FEDERAIS: UMA QUESTÃO DE AGILIZAÇÃO PROCESSUAL

Marcos Antonio Ferreira Lima

Bacharel em Direito e Engenharia Mecânica pela Universidade Federal de Pernambuco
Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial pela Escola de Magistratura de Pernambuco
Analista Judiciário, lotado na 15ª Vara Federal/PE

RESUMO: A eficiência da tutela jurisdicional passa por uma solução processual que se conclua no menor tempo possível. Com esse objetivo foi instituído pela Lei 10.259/2001 os Juizados Especiais Federais – uma justiça mais econômica, desburocratizada, flexível e efetiva. Este artigo pretende mostrar as inovações dessa justiça especial e as controvérsias advindas da celeridade processual, principalmente na aplicação da sentença *prima facie*, incluindo o posicionamento jurídico de doutrinadores, do Ministério Público Federal e da Ordem dos Advogados do Brasil, a respeito da matéria. Assim, veremos como o tempo dos atos processuais passou a ser considerado de importância fundamental, com o próprio Código de Processo Civil e a Constituição Federal caminhando nesse direcionamento.

SUMÁRIO: Introdução: quando a rapidez e eficácia vão de encontro a outros princípios constitucionais. 1. O direito ao contraditório como garantia individual. 2. Juizado Especial Federal como instrumento de rapidez e efetividade. 2.1. Celeridade econflitos de princípios constitucionais. 2.2. Demanda em massa contra a Fazenda Pública. 2.3. Turma Nacional de Uniformização e FONAJEF-formadores de jurisprudência. 2.4. Sentença e Tutela de Urgência – inovações nos Juizados Federais. 2.5. A sistemática do Juizado Federal na Seção Judiciária de Pernambuco. 3. A sentença diante de uma justiça voltada às demandas de massa e aos interesses dos menos favorecidos. 4. Como a garantia do contraditório está sendo relativizada no Juizado Especial Federal. 5. Conclusão: otimização da tutela jurisdicional com a solução rápida do litígio. Referências

INTRODUÇÃO: QUANDO A RAPIDEZ E EFICÁCIA VÃO DE ENCONTRO A OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Este trabalho tem como objetivo discutir o avanço ocorrido no sistema processual brasileiro, mais especificamente no âmbito dos Juizados Federais, que, na vanguarda, aplicou a técnica processual de julgar os processos sem que a parte ré pudesse apresentar o seu contraditório. Será analisado de forma sistemática o grande problema surgido com essa inovação processual. Ou seja, por um lado apresentou-se um caminho para uma justiça rápida, prática e desburocratizada. Do outro, foi atingida a garantia constitucional do contraditório, sem sombra de dúvida, um dos mais relevantes princípios processuais constitucionais.

No primeiro capítulo, com a finalidade de destacar a garantia individual do contraditório, preceituada de forma expressa no artigo V, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, será analisada, objetivamente, a importância desse instituto, responsável pela possibilidade de oferecer às partes uma participação ativa em defesa de seus interesses. Essa garantia fundamental será confrontada com outros princípios, entre os quais a celeridade processual, com o objetivo de colocar em discussão a possibilidade de uma justiça mais rápida e efetiva.

Logo após, no segundo capítulo, adentraremos no procedimento processual de uma justiça que se despe de várias formalidades, na sua maioria inócua e protelatória, para entregar a tutela jurisdicional de forma efetiva e célere.

O Juizado Especial Federal, adotando mecanismos processuais alternativos e inovadores, com desapego à técnica processualista, levou aos litigantes a realização rápida e desburocratizada da justiça. Contudo, por outro lado, essas inovações, principalmente a que diz respeito à sentença *prima facie*, atingiu frontalmente a garantia constitucional do contraditório. Daí surge um conflito no qual esse trabalho pretende se posicionar.

Mais adiante, no terceiro capítulo, dando continuidade à sistemática desse estudo, será analisada a entrega da tutela jurisdicional diante de uma justiça voltada para as demandas de massa e aos interesses dos menos favorecidos. No Juizado Especial Federal, que apresenta característica de Juízo popular de pacificação, no qual há grande quantidade de processos contra a Fazenda Pública, principalmente Caixa Econômica e INSS, na sua maioria repetitiva, a camada mais pobre da população necessita de uma resposta

rápida da demanda apresentada. A importância dessa agilização processual vem principalmente em razão dos efeitos perniciosos, em especial para a classe mais pobre da população, na demora da entrega da tutela jurisdicional. Não devemos esquecer que a falta de resposta da justiça ou o retardamento além dos limites de tempo razoável, torna letra morta a cláusula constitucional que assegura a todos, sem distinção, a tutela jurisdicional. Nesse caso, em relação às pessoas mais pobres, a demora pode comprometer sua própria subsistência. Através de enunciado do FONAJEF - Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - introduziu-se a sentença liminar de improcedência nos Juizados Federais, inovando todo o processamento jurídico que almejava uma solução para os milhares de processos idênticos que abarrotavam o Poder Judiciário. Dessa forma, abre-se espaço, em nome da efetividade e celeridade processual, para que seja solucionado litígio de interesse das classes menos favorecidas, como, por exemplo, as diversas ações de revisão e concessão de benefício previdenciário. Contudo, não resta dúvida que passou a existir, a partir da aplicação desse sistema, conflito de princípios constitucionais.

No quarto capítulo será apresentado como essa relativização do princípio do contraditório, nos Juizados Federais, atingiu regras constitucionais do estado de direito. Dessa forma surgiu um problema. Pode o Juizado Especial Federal, com a finalidade de entregar uma prestação desburocratizada, rápida e efetiva, violar direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei? Esse é um assunto no qual o Ministério Público Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Poder Judiciário e a Doutrina se posicionam, apresentando posições antagônicas.

É importante ressaltar que, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa tem direito de receber dos tribunais nacionais remédio efetivo para os atos que violar os direitos fundamentais que sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (GAULIA, 2005, p. 29).

Além disso, estamos num mundo globalizado, onde as decisões precisam ser tomadas de maneira urgente, mais rápida. Em consequência o processo civil atual não pode conviver com procedimentos que demandem longa duração, devendo se adaptar às exigências de celeridade da sociedade. Esse é o principal desafio do direito processual contemporâneo.

Nessa linha, este trabalho concluirá que, através de uma solução rápida do litígio, com a consequente otimização da tutela jurisdicional, surge um

novo judiciário, fortalecido ao ocupar um espaço ao lado do cidadão, proporcionando uma efetiva prestação jurisdicional.

1. O DIREITO AO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA INDIVIDUAL

O contraditório alcançou, através da Constituição Federal de 1988, a prerrogativa de garantia constitucional, permitindo que esse princípio, antes restrito apenas ao processo penal, alcançasse os processos civis e administrativos.

É um princípio de grande relevo no Estado Democrático de Direito e, ao lado da ampla defesa, deriva do devido processo legal. O direito de defesa constitui um contraponto ao direito de ação. Sem a efetivação do direito de defesa estaria comprometida a própria legitimidade do poder jurisdicional. Ou seja, um processo em que qualquer das partes não possa efetivamente participar retira a legitimidade do exercício do poder jurisdicional, não havendo como ter uma decisão legítima sem se dar aqueles que são atingidos por seus efeitos a adequada oportunidade de participar da lide (MARINONI, 2006, p.311).

Assim, entende-se o contraditório como a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, com direito aos contendores de deduzirem suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, ou seja, de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos (NERY JUNIOR, 2004, p. 172).

Contudo, como não poderia ser diferente, esse dispositivo, inerente às partes litigantes, está intimamente ligado a outros direitos fundamentais do cidadão como a duração razoável do processo e a própria efetividade, e tem como objetivo o tratamento igualitário das partes. Não devemos esquecer que a tempestividade da prestação jurisdicional, também elevada à garantia constitucional, vem ao encontro dos anseios da sociedade que tem a lardeza do judiciário como uma desconsideração aos seus interesses. Por outro lado, para que o sistema processual ganhe em efetividade é necessário que haja procedimentos céleres, que devem ser conciliados com o contraditório.

Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve ser sempre observado sob pena de nulidade. Contudo é absoluto no sentido de que nenhum processo ou procedimento

pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra da isonomia no exercício das faculdades processuais (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 31).

Dessa forma, a grande questão do princípio do contraditório é saber se o mesmo prevalece por si só, ou harmoniza-se com outros princípios processuais. Em outras palavras, se existe uma supremacia plena e absoluta sobre todos os demais princípios.

Sem dúvida, como descrevemos anteriormente, o contraditório é mitigado muitas vezes para favorecer outros princípios processuais. Por exemplo, o devido processo legal exige que o contraditório, às vezes, tenha de ceder momentaneamente a medidas, como por exemplo, cautelares ou antecipatórias, para garantir uma eficácia e efetividade de um processo justo (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 31).

Não devemos esquecer que o nosso Código Processual Civil tem se adaptado a novas concepções com finalidade de valorizar o social, sofrendo várias reformas com o objetivo maior de acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.

Nessa linha de pensamento é importante salientar que não é novidade no CPC a dispensa de citação, como ocorre no art. 269, que prevê o indeferimento da petição inicial, até mesmo em questão de mérito, como, por exemplo, a decadência.

Assim, a relativização do princípio do contraditório em prol da efetividade e celeridade processual é uma necessidade de adequação aos demais princípios fundamentais. O Juizado Federal tem sido pioneiro na aplicação de procedimentos que amoldem os diversos princípios e direitos fundamentais como um todo.

Todas as recentes alterações do CPC devem ser interpretadas à luz desse espírito. Por exemplo, a Emenda nº 45/04 (Reforma do Poder Judiciário) privilegiou a celeridade e efetividade como valores a serem alcançados nessa nova forma de realização dos atos normativos.

O processo sempre trabalha com o binômio segurança jurídica e efetividade, no qual não pode se dissociar. Assim, os atos processuais devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas. Também deve primar pela rapidez e efetividade, afinal, há muito tempo, a maior crítica da sociedade ao Poder Judiciário é a morosidade. A decisão, além de demorar a ser entregue as

partes, muitas vezes, em razão dessa demora, carece de efetividade.

Otimizar esses dois valores não significa, em momento algum, desprezo objetivo e concreto a qualquer um desses princípios. Ao contrário, eles devem ser aplicados de modo que não haja sacrifício total a um deles.

Portanto, nessa linha de pensamento, vê-se claramente que o processualista, na sua maioria, está comprometido com o processo de resultados - justo, efetivo, célere. Contudo a segurança jurídica, através do respeito ao contraditório, é um dogma a ser cuidadosamente respeitado dentro do limite estabelecido.

2. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO DE RAPIDEZ E EFETIVIDADE

2.1. CELERIDADE E CONFLITOS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O mundo se moderniza e a modernização da justiça é uma necessidade de sobrevivência, urgindo a tomadas de medidas que tornem a Justiça ágil, com respostas ao anseio da população. Dessa forma, a celeridade e efetividade ganham grande importância no ordenamento jurídico moderno.

O Juizado Federal, criado pela Lei n. 10.259/2001, com competência para decidir questões contra a União Federal, Autarquias, Fundações, e empresas públicas, veio ao encontro desse pensamento, oferecendo uma justiça mais informal e célere, voltada para o interesse social. Eles têm características de juízos populares de pacificação, visto que poderão resgatar a confiança do povo na justiça oficial (BACELAR, 2003, p. 25).

A pretensão desses juízos é de aproximar o judiciário do cidadão, oferecendo uma solução das controvérsias de forma rápida, informal e desburocratizada. Como citado anteriormente, a duração razoável do processo é um direito fundamental, decorrente do art. 5º, da Constituição Federal.

Contudo, é preciso salientar que esse direito fundamental pode colidir com outras garantias processuais, principalmente o contraditório e a ampla defesa. Porém, ao confrontar esses princípios com outros que também são direitos protegidos pela Constituição Federal, como, por exemplo, efetividade e igualdade, não devemos esquecer a variável tempo. Este passou a ser cada vez mais valioso no processo moderno, indicando uma real prestação jurisdicional e olvidando a morosidade das práticas processuais do passado

(TRENNEPOHL, 2007, p. 209). Assim, a rápida solução do litígio pode ser, ao contrário do que se imagina, um instrumento da isonomia e segurança jurídica na entrega jurisdicional.

Em busca dessa efetividade, os Juizados Federais têm inovado na procura de um processo justo, colocando, no primeiro plano, ideias éticas no lugar de apenas formas e solenidades (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 9). Essa é a linha de pensamento do direito processual moderno, que não justifica a adoção de instrumentos tradicionais de condução de processos judiciais, diante do grande aumento na quantidade de litígios.

É importante salientar que para atingir uma meta tão significativa os Juizados Federais não se apegaram a formalidade rígida da lei. Por exemplo, não é de estranhar que antes da reforma que introduziu o art. 285-A do CPC (sentença liminar de improcedência), já aplicavam nas suas decisões - desde que as demandas fossem improcedentes, repetitivas, e matéria de direito - a sentença *prima facie*.

Com certeza, à primeira vista, não se observa afronta a qualquer princípio constitucional o fato do juiz conceder uma rápida decisão a milhares de ações que adentram mensalmente, onde a grande maioria é sem dúvida repetitiva, versando sobre a mesma situação jurídica, já decidida pelos Tribunais Superiores. O único objetivo da parte, nessa situação, é de acreditar que um Juiz possa acolher seu entendimento, muitas vezes totalmente superado.

Caso os inúmeros processos que deságuam nos Juizados Federais, na sua maioria com pedidos idênticos, tivessem de percorrer um caminho inútil, para desaguar, longo tempo mais tarde, num resultado já previsto, estaria inviabilizada a própria efetividade processual.

Não se pode falar, dessa forma, em conflito de princípios constitucionais nos juizados, tendo em vista que o princípio da igualdade, segurança jurídica, direito de ação, contraditório e o devido processo legal, estão harmonizados em prol da efetividade e celeridade de um tipo de justiça voltada aos interesses dos menos favorecidos.

2.2. DEMANDA EM MASSA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Matéria relativa a planos econômicos, servidores públicos ativos e inativos, previdenciária, bem como a referente à declaração de inconstitucionalidade de tributos, pode ser aplicada a uma enormidade de pessoas, que

se encontra na mesma situação. São processos que abarrotam os Juizados Federais, ocasionando o consumo de tempo e material, podendo inclusive trazer injustiças devido à possibilidade de desigualdade de tratamento em casos semelhantes. Nessa hipótese cabe ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real (BARBIERI, 2001, p. 185).

Tendo em vista que normalmente a Fazenda Pública recorre até a última instância, indo o processo até os Tribunais Superiores, urge, visando à efetividade e celeridade processual, uma atenção especial às demandas em massa que ocorrem nos Juizados Federais.

Para melhor entendermos o significado dessas ações repetitivas, basta observarmos que a Fazenda Pública, normalmente, não efetiva administrativamente os direitos já reconhecidos, inclusive, por Tribunais Superiores. Em consequência, o Poder Judiciário, em especial a Justiça Federal, é abarrotado de processos repetitivos, cujo resultado já se conhece.

Os processos em massa que entram nos juizados correspondem, normalmente, a direitos individuais e homogêneos; eles têm em comum a característica de apresentar matéria unicamente de direito, com a discussão jurídica se aplicando a uma enorme quantidade de pessoas, na mesma situação fática. Em outras palavras, caracterizam-se pela padronização das peças processuais e pela repetição dos expedientes forenses. Nesse sentido muitas mudanças foram apresentadas pelos juízes na reforma recente do Código de Processo Civil.

Dessa forma, em razão do desfecho dessas causas ser conhecido desde o início, como já dito anteriormente, não seria condizente com os princípios da celeridade e economia processual permitir que esses processos sigam o longo caminho da primeira instância até as instâncias superiores.

Com essa linha de raciocínio, os juizados utilizam o procedimento processual de julgar, de forma imediata, essas demandas. Quando elas forem procedentes, a contestação padrão já se encontra depositada em cartório. No caso de improcedência, a decisão é proferida sem ouvir a parte contrária.

É importante salientar que a demanda em massa pode inviabilizar a própria efetividade processual. Nessa situação, todos os princípios estariam prejudicados. Não se concebe os princípios da isonomia e do contraditório, amplamente protegido pela Constituição Federal, sem a efetivação da tutela jurisdicional.

Assim, a grande quantidade de processo que adentra na justiça, sem

uma efetividade da tutela requerida, pode inviabilizar o próprio direito de acesso ao judiciário, acarretando o total descrédito da população.

Com esse pensamento, que é a linha do direito processual moderno, o Juizado Federal inovou forçado por milhares de processos repetitivos contra a Fazenda Pública. De forma pioneira, acompanhado posteriormente pela reforma processual, deixou de aplicar um método de raciocínio pré-fixado e ordenado pela lei, onde deveria seguir etapa por etapa. Com efeito, com as demandas em massa, tratar o assunto com a postura formalista aniquilaria o direito a uma rápida e efetiva tutela jurisdicional.

2.3. TNU - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO E FONAJEF – FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS, FORMADORES DE JURISPRUDÊNCIA.

Não obstante possuir uma manobra recursal extensa, constando de seis instâncias, os Juizados Federais possuem, como contraponto, para agilizar suas decisões, a atuação da Turma Nacional de Uniformização e do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, que, em síntese, formam jurisprudência que orientam o posicionamento dos juízes monocráticos.

Para se ter uma ideia do trâmite recursal de uma ação nos Juizados Federais, tem-se o seguinte organograma: a causa cível começa no juiz de primeiro grau; a seguir o recurso interposto contra a decisão do juizado será apreciado pela Turma Recursal que fica localizada na mesma cidade; se o julgamento na Turma Recursal divergir, ou seja, for contrário ao de outra Turma Recursal da mesma Região, o pedido que a parte perdedora fizer, mostrando a divergência de julgamentos, será remetido para ser julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito; se o julgamento da Turma Recursal contrariar o de outra região, o pedido de uniformização de jurisprudência será remetido para julgamento à Turma Nacional de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal, em Brasília (MACHADO, 2002, p.1)

Dessa forma, A Uniformização da Interpretação da Lei Federal, processada pelo órgão da Turma Nacional de Uniformização, é um recurso que exerce função análoga à do recurso especial. Na verdade tem a finalidade de assegurar a uniformização da jurisprudência dentro do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis Federais, combatendo as divergências esta-

belecidadas entre decisões de Turmas Recursais diferentes (CÂMARA, 2005, p.250).

Por outro lado, o FONAJEF nada mais é que o Fórum Nacional de Juizados Especiais Federais, organizado pela associação dos Juizes Federais, que orientam, através de enunciados, as decisões a serem tomadas. Assim, através desses enunciados, o FONAJEF recomendou a aplicação da sentença liminar nas demandas repetitivas de improcedência (FONAJEF1). Por outro lado, nos casos de julgamento de matéria repetitiva de procedência, orientou a prática de depósito da Contestação na Secretaria, a fim de possibilitar a imediata prolação da sentença de mérito (FONAJEF2). E, também, com o foco voltado nas demandas de massa, orientou os juizes, integrantes dos juizados especiais, a solicitar às Turmas Recursais e de Uniformização Nacional o julgamento prioritário da matéria repetitiva, a fim de uniformizar a jurisprudência (FONAJEF3).

Como se observa, esses institutos, formadores de jurisprudência, são essenciais a uma justiça célere e efetiva.

2.4. SENTENÇA E TUTELA DE URGÊNCIA – INOVAÇÕES NOS JUIZADOS FEDERAIS

As sentenças dos Juizados Especiais Federais apresentam peculiaridades que não se encontram na justiça comum. Primeiramente, em razão da grande quantidade de processo. Segundo, em razão da celeridade processual, que constitui o objetivo maior dessa justiça especializada. A informalidade dessas decisões aparece de várias formas, como, por exemplo, na ausência de relatório no seu corpo formal.

Diante desse quadro, há alguns tipos de demanda, em que, em razão da sua característica intrínseca ou mesmo em relação às partes, as sentenças são imediatamente prolatadas. Não há sequer necessidade de prévia intimação, conforme preceitua o § 1º, do artigo 51, da Lei 9.099/95. Por exemplo, o valor da causa, a incompetência territorial, ausência do demandante à audiência, demora na habilitação processual, entre outras, atinge frontalmente a rápida solução do litígio, devendo a sentença ser prolatada (CÂMARA, 2005, p. 129). Nessa situação o processo é extinto sem intimação da parte contrária.

Outra característica importante nas sentenças dos juizados, já mencio-

nada anteriormente, consiste nas decisões da demanda em lote, ou seja, através de modelo padrão. Isso ocorre em razão de centenas de pedidos iguais, no qual se alteram apenas as partes. Contudo em relação a esse procedimento, que vai ao encontro da celeridade processual, houve sua concretização graças a atividades inovadoras. Podemos citar, como exemplo, a formação de jurisprudência do FONAJEF e a Turma Nacional de Uniformização.

Quanto à Tutela de Urgência, poderia se imaginar, em razão da celeridade de suas decisões, a não admissão desse instituto. Contudo, a própria lei 10.259/01 estabelece, no art. 4º, que o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil ou impossível reparação.

Uma inovação importante no âmbito dos Juizados Federais, e que contribuiu para dar ao Juiz poder para fazer efetiva e rápida a prestação jurisdicional, foi a possibilidade de deferimento de ofício, de medida cautelar, desde que se apresentem os pressupostos para essa medida de urgência (PEREIRA, 2006, p. 39). Essa prerrogativa tem uma importância fundamental, tendo em vista a peculiaridade das partes que demandam nos juizados - sem advogado e sem conhecimento da urgência a qual o seu direito requer. Assim, não será necessária, para conceder a tutela cautelar, a existência de casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, como ocorre no sistema processual comum (CÂMARA, 2005, p. 269).

É importante ressaltar, contudo, que a grande massa das medidas urgentes que se vê no juizado é composta de provimento antecipatório e não cautelares. Não devemos confundir provimentos antecipatórios e cautelares. Os primeiros visam à antecipação do resultado final. As cautelares são mais vinculadas a assegurar a execução forçada (arresto, sequestro, busca-e-apreensão); produção antecipada de provas; cauções processuais (DINAMARCO, 2007, p. 63).

Contudo, em razão da celeridade processual que permeia os Juizados Federais, as tutelas antecipatórias, bem como as medidas cautelares, devem ser utilizadas de forma restrita.

2.5. A SISTEMÁTICA DO JUIZADO FEDERAL, NAS VARAS DA CAPITAL, DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Os Juizados Especiais na Seção Judiciária de Pernambuco, Recife, são compostos de três Varas Federais (14^a, 15^a e 19^a), com uma sistemática organizacional voltada para a entrega rápida e efetiva da tutela jurisdicional.

Todos os processos são gerados e registrados automaticamente. Ou seja, desde a distribuição inicial até a entrega da tutela jurisdicional, tudo é processado em meio virtual, de forma eletrônica. Além disso, a intimação das partes é realizada através de correio eletrônico, não necessitando, geralmente, do Oficial de Justiça. Com essa inovação, houve um grande avanço do judiciário brasileiro. Em breve, sem dúvida, esse sistema digital, iniciado nos Juizados Federais como plano piloto, estará funcionando em todas as Varas da Justiça Federal.

Para agilizar a atividade jurisdicional, a Secretaria dos Juizados Federais da capital é organizada em setores – Triagem, Perícia, Audiência, Conhecimento, Assessoria, Execução, de modo que um precede o outro, de forma sistemática, com a finalidade de propiciar ao demandante uma sentença rápida.

A Triagem, em particular, dentro da linha do esposado nas digressões sobre a sentença *prima facie*, tem uma importância fundamental. É aí o primeiro contato do processo com a secretaria. Tem a função de detectar as ações repetitivas de procedência ou improcedência, bem como, muitas vezes, anexar aos autos a minuta da sentença modelo que será apreciada pelo Juiz Federal. No caso da sentença repetitiva de improcedência, não é processada a citação da parte ré. Já na hipótese da repetitiva de procedência, a contestação já se encontra depositada em Cartório. Por outro lado, além das sentenças repetitivas, milhares de processos são extintos sem resolução do mérito, entre eles aqueles de indeferimento da inicial, falta de pressupostos processuais ou ausência de qualquer uma das condições à ação. Tudo isso, após a análise cuidadosa do magistrado.

Dessa forma, a distribuição sistemática dos setores no juizado, trouxe, também, contribuição para a efetividade e celeridade nas demandas, indo ao encontro do objetivo maior que é a pacificação social da justiça.

3. A SENTENÇA DIANTE DE UMA JUSTIÇA VOLTADA PARA AS DEMANDAS DE MASSA E AOS INTERESSES DOS MENOS FAVORECIDOS

A temática de acesso à justiça acessível está ligada diretamente à justiça social, devendo sempre buscar a ética e o bem-estar da coletividade. Dessa forma, a desigualdade econômica e social devem ser uma das preocupações do Estado.

Contudo a quantidade de conflitos de interesse levados a juízo é proporcionalmente maior que a capacidade de solução. Causas que deveriam ser julgadas logo duram muitos anos e acaba prejudicando a parte necessitada. Nesse caso, o tempo funciona como elemento a pressionar os economicamente menos favorecidos, ou seja, os mais necessitados de uma justiça rápida (ALBUQUERQUE, 2002, p.240).

A Lei de Introdução ao Código Civil (Art. 5º) consubstancia que os juízes devem atender aos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação da lei. Ora, numa sociedade pobre como a brasileira o povo tem fome e sede de justiça. Os efeitos do tempo podem ser altamente perniciosos, prejudicando principalmente os mais pobres em comparação com aqueles que têm maior poder aquisitivo. Com efeito, ninguém pode negar que, para uma pessoa menos favorecida, a demora em receber certa soma em dinheiro pode comprometer sua própria subsistência, ao par que dificilmente essa mesma consequência poderia advir em outra de melhor condição econômica (MARINONI, 2006, p.691). Por outro lado, o vazio deixado pela morosidade do Estado na resolução das controvérsias é sentido pelo povo como uma desconsideração do seu direito.

Assim há a necessidade de buscar a paz social que vincula o objetivo maior do Poder Judiciário. Essa pacificação social é o resultado que se almeja quando se entrega a tutela jurisdicional (BACELLAR, 2004, p. 98). Daí decorrem as inovações nos Juizados Federais.

A sentença inovadora, sem a rigidez processual, possibilitou aos milhões de cidadãos humildes de nosso país - entre os quais se situam os aposentados e pensionistas do INSS, mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, e servidores públicos de menor renda, o benefício de obter a

justiça do seu direito violado. Com esse pensamento, o Estado, afastando-se da preocupação da formalidade do Código de Processo Civil, volta a tratar igualmente os desiguais.

Dessa forma as sentenças referentes às demandas em massa, sejam as de total improcedência (desafogando o judiciário) ou a de procedência, sem as formalidades legais (citação depositada em Cartório), tornam os processos mais simples, ágeis e baratos, e, principalmente, voltados para os anseios da classe menos favorecida.

Por outro lado, como já mencionado anteriormente, da situação declinada surge a discussão constitucional conhecida como conflito de direitos fundamentais. O princípio da celeridade processual, da ampla defesa, do acesso à justiça, do contraditório, do devido processo legal, estão em conflito. Logo, surge uma dicotomia. O processo justo e o processo legal. A procura da paz social em frente à imposição autoritária da lei. Como se deve comportar o judiciário diante de milhões de demandas repetitivas já decididas anteriormente. Ou quando as Turmas de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais e os Tribunais Superiores já têm posições firmadas sobre a matéria. Ou, também, quando o judiciário é utilizado indevidamente através de ações que devem ser extintas no nascedouro.

O Juizado Especial é o órgão da justiça que vem ao encontro dessas respostas. É o berço de grandes inovações utilizadas posteriormente na justiça comum. Por exemplo, quando houve alteração no Código de Processo Civil para introduzir a sentença liminar de improcedência, essa prática já era utilizada nos Juizados Federais.

A sentença célere vem ao encontro dos interesses das classes menos favorecidas quando resolve rapidamente um litígio, já reconhecido pelas instâncias superiores, mas sistematicamente negado pela Fazenda Pública. Ou quando rapidamente extingue processos já reconhecidos anteriormente como improcedentes, pois, nesses casos, haverá espaço para o julgamento de outras ações de interesse das camadas populares. Atualmente, graças às decisões ágeis dos Juizados Federais, o INSS e outros órgãos têm sido mais cautelosos em negar administrativamente os pleitos da população.

4. COMO A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO ESTÁ SENDO RELATIVIZADA NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL, ATINGINDO INTERESSE DE ORDEM PÚBLICA.

De um lado, o princípio da razoável duração do processo foi erigido a princípio constitucional. A tutela jurisdicional tempestiva passou a ser uma garantia fundamental.

Por outra vertente, encontramos o princípio do contraditório, da igualdade e da ampla defesa, que constituem a própria natureza de um Estado Democrático de Direito. Quanto ao contraditório, em particular, esse tem que ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica. Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que há exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.31).

Na vanguarda sugeriram as decisões dos Juizados Federais, que, de forma pioneira, embasadas em enunciado do FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais -, passaram a utilizar o procedimento do julgamento de mérito nas decisões reiteradas de improcedência. Segundo esse enunciado, nas demandas repetitivas de improcedência, onde a matéria é apenas de direito, o juiz deve aplicar a sentença *prima facie*. Daí surgiu um conflito. Alguns vislumbram que esse procedimento afronta aos princípios constitucionais, principalmente, o do contraditório e o da ampla defesa. Outros, ao contrário, entendem que vai ao encontro dos objetivos da Constituição, isso é, faz valer o direito à efetividade e à celeridade processual.

Posteriormente, também com esse entendimento, o Código de Processo Civil foi alterado através da lei n. 11.277/2006, introduzindo o artigo 285-A, que ratifica o procedimento utilizado no Juizado Federal. Segundo esse dispositivo, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Assim foi oficializada

a sentença liminar de improcedência no nosso ordenamento jurídico. Com essa alteração, o objetivo do legislador foi preservar o princípio da duração razoável do processo, em razão da efetividade. Contudo, não devemos esquecer que os Juizados Federais já utilizavam esse procedimento.

Não há dúvida que, na procura da celeridade e efetividade, houve uma relativização do contraditório. Dessa forma, diante do fato desse princípio ser de grande relevância no Estado Democrático de Direito, sendo princípio fundamental, não apenas em relação aos processos judiciais, mas em qualquer situação em que se impute a alguém qualquer fato e que se lhe pretenda impor, em decorrência, uma sanção, passou a surgir no meio jurídico um grande debate sobre a matéria.

O Conselho Federal da OAB entende ser inconstitucional o referido art. 285-A do CPC, por suposta violação aos princípios da isonomia, segurança jurídica, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal (CUNHA, p.402, 2007).

O Procurador Geral da República, no sentido contrário, observa que há fortalecimento da segurança jurídica na medida em que assegura maior previsibilidade das sentenças a serem prolatadas pelos juízos monocráticos e que nenhum prejuízo há ao réu, que nem sequer chega a existir formalmente, visto que o juiz só proferirá a sentença liminar em caso de total improcedência do pedido (ADIN 3695).

Para a grande maioria dos doutrinadores não há ofensa ao contraditório tendo em vista que a parte ré não será prejudicada. Outros não o consideram superior aos demais, por não existir uma hierarquia de princípios, ou seja, ao lado do contraditório têm vários outros, dentre eles a razoável duração do processo, que tem por objetivo a efetivação da prestação jurisdicional em um curto espaço de tempo (SILVA; XAVIER, 2006, p. 211).

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Desembargador Federal da 5ª Região, entende, acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas, que não há ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que o réu não será, nessa hipótese, prejudicado, pois a sentença de total improcedência só o favorece (CAVALCANTI, 2007, p. 166). Na mesma linha de pensamento o Juiz José Herval Sampaio Júnior aduz que o maior interessado na citação, para formalmente fazer valer o princípio da ampla defesa, é o próprio beneficiado com a decisão, que evitará a constituição de advogado, pelo menos neste primeiro momento, e não vai ter interesse recursal algum

para se insurgir contra o julgamento liminar do feito (SAMPAIO JUNIOR, 2007, p.295).

Dessa forma, a corrente majoritária a respeito da sentença liminar de improcedência, mais especificamente em relação ao novo art. 285-A, é pela constitucionalidade, em razão do réu não sofrer qualquer prejuízo. Na opinião desses juristas, a existência de milhares de processos versando sobre a mesma situação jurídica, já decididos pelos Tribunais Superiores, em que a parte intenta tão-somente pelo fato de acreditar que um juiz possa acolher seu entendimento, totalmente superado, ocasiona o abarrotamento de processos no judiciário (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p.293).

Por outro lado há doutrinadores que entendem a inconstitucionalidade da sentença liminar de improcedência.

Com posição pela inconstitucionalidade temos a tese defendida por Alberto Nogueira Júnior que verifica prejuízo para o réu no caso de haver recurso e o tribunal entender a inexistência de total ou parcial improcedência (CAVALCANTI, 2007, p.166).

Já quanto o posicionamento defendido por Alberto Nogueira Júnior, que vê prejuízo para o réu em caso de recurso; temos o entendimento do Ministro Sálvio de Figueiredo - em posição proferida na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial (RESP nº 469.921), publicado no DJU de 26/05/2003 – que vislumbra nas questões de direito, onde se pode apreciar de logo o mérito, a inexistência de violação ao contraditório, uma vez que o réu apelado teria contra-arrazoado o recurso.

Entendo que não há inconstitucionalidade na sentença *prima facie* dos Juizados Federais. Primeiro porque em relação às sentenças liminares de procedência, aplicadas nas demandas repetitivas de massa, a citação está depositada na Secretaria. Quanto às sentenças liminares de extinção, é amparada pelo art. 267 do CPC. Finalmente quanto à sentença liminar de improcedência, não há qualquer prejuízo à parte ré. Não devemos esquecer que o contraditório não é absoluto, necessitando se harmonizar com os demais princípios.

Diante desses entendimentos, avalio que o processo deve ser voltado para a entrega do resultado de forma célere e efetiva. Acredito que a garantia de um processo justo se sobrepõe ao princípio do contraditório quando analisada dentro do contexto dos demais princípios. Dessa forma os Juizados Federais têm agido correto nas suas sentenças inovadoras, volta-

das para uma efetiva e rápida entrega da prestação jurisdicional. Afinal, a melhor expectativa gerada pelo sistema dos juizados é a sua promessa de celeridade sem a violação do princípio da segurança das relações jurídicas (CHIMENTI, 2007, p.22).

5. CONCLUSÃO: OTIMIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COM A SOLUÇÃO RÁPIDA DO LITÍGIO

O direito tem mudado rapidamente. Estamos diante de uma sociedade globalizada. Nesse contexto as decisões precisam ser tomadas de maneira urgente, rápidas, não podendo o Processo Civil conviver com procedimentos que demandem longa duração. O vazio deixado pela morosidade nas resoluções das controvérsias é notado por todos como desatenção ao seu interesse. A imposição de se buscar a reformulação do modo de atuar do Poder Judiciário brasileiro, com o objetivo de atingir a eficiência, passa, necessariamente, por uma solução processual no menor tempo possível.

Nesse contexto, as inovações das sentenças aplicadas nos Juizados Federais vieram preencher uma lacuna no Poder Judiciário brasileiro. Ou seja, diante da enormidade de processos, utilizaram-se medidas avançadas para simplificar a sistemática processual. Assim, para a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, foram colocadas, no primeiro plano, ideias éticas em lugar de apenas formas e solenidade.

Não devemos esquecer que a demora para obter a tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção da tutela jurisdicional. Logo, o Estado tem o dever de prestar a justiça em prazo razoável e o cidadão o direito de obter a tutela objetivada de modo tempestivo. Nessa linha de pensamento o legislador, acertadamente, seguindo a linha dos juizados, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, elevou a direito fundamental o princípio da razoável duração do processo.

Na realidade existe um medo excessivo de que o juiz, ao dar sumariamente uma decisão, esteja sendo arbitrário em relação a uma das partes. Isso gera a polêmica de estar se ferindo princípios constitucionais, principalmente o contraditório e a ampla defesa. Contudo o Código de Processo

Civil, art. 269, IV(MOREIRA, 2006, p.97), sempre autorizou o indeferimento liminar de petição inicial por razão de mérito quando do reconhecimento da decadência, sem que fosse arguida em algum momento a inconstitucionalidade dessa medida.

Em referência as sentenças liminares de procedência, no âmbito do juizado, desde que a matéria seja apenas de direito, não há qualquer questionamento tendo em vista que a resposta do réu já se encontra depositada na secretaria. Quanto à sentença liminar de improcedência, não obstante posições antagônicas, é de convir que não haja qualquer violação ao princípio do contraditório, principalmente porque o autor está autorizado a buscar, na instância superior, a reforma do julgado que estará sujeito a revisão, caso vá de encontro às súmulas ou decisões dominantes dos Tribunais Superiores. A despeito dessa aplicação do art. 518 § 1º, há compatibilidade plena com o novo art. 285-A, introduzido pela Lei nº. 11.277/06. Isso porque nada impede que esses julgamentos anteriores tenham se lastreado em súmulas do STJ e STF. É o que ocorre, por exemplo, com eventual demanda previdenciária em massa que tenha recebido tratamento desfavorável ao segurado por meio de súmula do STF.

A verdadeira inovação nos juizados a respeito da sentença liminar de improcedência foi, sem dúvida, quanto à questão da duração do processo. Esse tempo funciona como elemento a prejudicar os menos favorecidos, tendo em vista que, sendo estes os maiores clientes dos Juizados Federais, não se beneficiariam com o abarrotamento de processos idênticos, já submetidos à diversas vezes nos Tribunais Superiores, com posição já firmada por esses órgãos. Com certeza, considerar de forma individual esses processos repetitivos, estaria inviabilizando a efetividade dos Juizados Especiais Federais.

Dessa forma, podemos concluir que a sentença liminar de improcedência, implantada nos Juizados Federais antes da Reforma do Código de Processo Civil (art. 285-A), veio ao encontro da efetiva e rápida solução do litígio.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruna Maria Jacquer Freire de. A efetividade do Processo, o contraditório e a ampla defesa. **Revista da Esmafe 5ª**, Recife, n.3, p.235-275, março. 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais** – A nova mediação paraprocessual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. A garantia do contraditório e o seu conteúdo. **Revista da Ajuris**. Rio Grande do Sul, n. 81, Tomo I, p. 175-197, março 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais** – uma abordagem crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CAVALCANTE, Ubaldo Ataíde. Por uma Justiça mais célere e humana. **Revista da Esmafe 5ª**, Recife. N.3, p. 25-33, março 2002.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do Código de Processo Civil com o sistema processual vigente. In: CAVALCANTI, Bruno; ELALI, André; VAREJÃO, José Ricardo (coords). **Novos Temas de Processo Civil**: MP editora, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Federais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Breves notas sobre o art. 285-A do CPC. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords). **Processo Civil**, aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2007, p. 397-412.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

GAULIA, Cristina Tereza. **O espaço do cidadão no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

MACHADO, Agapito. **Juizados Federais, melhor ou pior?** Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=6241>. Acesso em 26 set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. v 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. **Juizados Especiais Federais Cíveis**, questões de processo e procedimento no contexto do acesso à justiça. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PORTAL DO CORREIO FORENSE. **ADI 3695**-Parecer Procurador Geral da República. Disponível <<http://www.correioforense.com.br/noticias/noticias>> Acesso em: 26 set. 2007

QUARTA REGIÃO. Portal da Justiça Federal. **Enunciados aprovados pelo FONAJEF**. Disponível < www.trf4.gov.br/trf4/institucional/institucional.php?id=enum_fonajefs.> Acesso em: 02 out. 2007.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Visão panorâmica da última reforma do CPC numa ótica constitucional. In: CAVALCANTI, Bruno; ELALI, André; VAREJÃO, José Ricardo (coords). **Novos Temas de Processo Civil**: MP editora, 2007, p.265/305.

STF. Portal do Supremo Tribunal Federal. **ADIN 3695**. Disponível www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3695&classe=ADI&origem=AP&recurs0=&tipoJulgamento=M. Acesso em: 02 out. 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. **Reforma do Processo Civil**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, José Luiz Mônaco da Silva. **Comentários às Reformas Processuais Cíveis**. São Paulo: Leud, 2006).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRENNEPOHL, Terence Dorenelles. Aspectos teóricos sobre o contraditório e a dialética no processo civil moderno. **Revista da Esmafe** 5ª, Recife, n. 13, p-203-213, março 2007.

O ESTADO DE NECESSIDADE E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO FUNDAMENTOS DE DEFESA NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Maria Veronica Amorim de Brito

Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Escola de
Magistratura de Pernambuco (ESMAPE)
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)
Bacharel em Ciências da Computação pela Universidade Católica de
Pernambuco (UNICAP)

RESUMO: Surgem, diante da redação do artigo 168-A do Código Penal Brasileiro (crime de apropriação indébita contra a previdência social), discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da sua natureza, bem como teses argumentativas de defesa quanto à aplicabilidade dos institutos excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, seja o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa. As questões trazidas à baila envolvem a identificação do dolo genérico para reconhecimento do fato típico, a necessidade de comprovação da apropriação dos recursos por parte do sujeito ativo e seu enquadramento ou não como crime omissivo próprio, havendo requisitos específicos, dentro das teorias penais, que versam sobre os institutos excludentes e que merecem uma análise mais esmerada, para que se compreendam as argumentações dos operadores do Direito que defendem ou condenam a sua aplicabilidade.

Palavras-chave: crime de apropriação indébita contra a previdência social; dolo genérico; crime omissivo próprio; estado de necessidade; inexigibilidade de conduta diversa

SUMÁRIO: Introdução: a omissão no repasse ou recolhimento das contribuições previdenciárias e sua justificativa assentada na crise financeira da empresa. 1. Do crime de apropriação indébita previsto no artigo 168-A do código penal brasileiro.

1.1. Divergências interpretativas acerca do tipo normativo e a discussão acerca da presença do dolo para configuração da tipicidade penal. 1.2. O estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa como excludentes de ilicitude e culpabilidade. 2. A defesa em prol do reconhecimento do reconhecimento da dificuldade financeira da empresa para absolvição do acusado. 2.1. A inexistência do juízo de reprovabilidade pela ausência de vontade do agente. 2.2. O confronto com o direito constitucional alimentar imediato da pessoa humana. 3. A argumentação pela inaplicabilidade dos institutos excludentes com base no caráter de interesse público da contribuição social e o empreendimento empresarial como atividade de risco. Considerações Finais: o confronto de valores entre o bem jurídico particular e o social, para acolhimento das excludentes no crime de apropriação indébita previdenciária

INTRODUÇÃO: A OMISSÃO NO REPASSE OU RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E SUA JUSTIFICATIVA ASSENTADA NA CRISE FINANCEIRA DA EMPRESA

O problema da insatisfação com o pagamento de tributos não é algo novo. Podemos considerar, nesta balança, que de um lado se coloca o interesse do Estado em arrecadar cada vez mais, aumentando as divisas internas e avançando no campo da interferência econômica; de outro, o particular, que procura, por todos os meios, diminuir a carga exigida, muitas vezes utilizando meios considerados ilegais, tipificados criminalmente. Um destes tipos previstos é a apropriação indébita previdenciária, configurada pela falta de repasse, na forma e prazo legal convencional, à Previdência Social, dos valores recolhidos em função da folha de pagamento dos funcionários de uma empresa.

O fato é que há uma tendência majoritária na doutrina e jurisprudência nacionais em aceitar, com base em provas condizentes, a alegação da dificuldade financeira atravessada pela empresa como excludente de ilicitude ou de culpabilidade, absolvendo o autor pela prática do crime. Apesar de extenso posicionamento, a discussão ainda permanece no âmbito jurídico, tendo em vista que as verbas recolhidas pela Previdência Social (consideradas tributos pela Constituição de 1988), são de amplitude significativamente social, e a falta de seu repasse pode significar, em médio prazo, prejuízo a uma classe de cidadãos, principalmente os mais necessitados.

O trabalho se inicia procurando dissertar acerca do crime de apropriação indébita, previsto no artigo 168-A do Código penal brasileiro, discorrendo sobre suas diferentes interpretações e os institutos excludentes de ilicitude e culpabilidade aplicáveis.

Em seguida faz-se uma abordagem acerca das teses favoráveis ao estado de necessidade e inexigibilidade de outra conduta para absolvição do acusado da prática do crime de apropriação indébita previdenciária.

No terceiro momento são apresentadas as fundamentações doutrinárias e jurisprudenciais que tendem a rejeitar a aplicação dessas excludentes no delito em referência.

Por fim, procede-se às conclusões com base nas assertivas tratadas anteriormente.

Justifica-se a abordagem temática do trabalho pela sua relevância, tendo em vista os crescentes casos levados ao judiciário, em meio à crise econômica que afeta, de frente, principalmente as pequenas empresas, que se deparam, de um lado, com o risco do seu negócio e por outro, com a onerosa carga de tributos que, não poucas vezes, as tem dirigido à falência, gerando desemprego e instabilidade social. Não se pode, porém, olvidar que é mister estabelecer barreiras para evitar a ausência de repasse inescrupulosa de verbas pertencentes à seara do trabalhador.

1. DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVISTO NO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

1.1 DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS ACERCA DO TIPO NORMATIVO E A DISCUSSÃO ACERCA DA PRESENÇA DO DOLO PARA CONFIGURAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL

A partir da vigência estabelecida pela Lei 9.983 de 14 de julho de 2000, os crimes contra a Previdência Social foram inseridos no Código Penal Brasileiro. Além disso, a Lei dispôs acerca da possibilidade do perdão judicial. O crime de apropriação indébita previdenciária passou, então, a ser regulado no artigo 168-A¹, capítulo V, que anteriormente tratava

¹ O *caput* deste artigo regula “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

apenas dos crimes comuns deste tipo, suscitando dúvidas quanto à sua interpretação, tendo em vista que, diferentemente do crime comum de apropriação indébita (no artigo antecedente, 168), não pressupõe explicitamente a vontade de apropriar-se, mas apenas o fato de deixar de repassar as contribuições.

Na doutrina há discussões acerca desse assunto, pois para alguns autores, como Edmar de Oliveira Andrade Filho (2007, p. 66) haveria a exigência da apropriação:

Parece-nos que é exigida a comprovação da apropriação, pelo agente, dos valores que não foram pagos à Previdência Social. Não basta a existência da vontade consciente de não satisfazer a obrigação tributária para caracterizar a conduta punível; é necessário que seja demonstrado ter havido apropriação dos recursos por parte pelo sujeito ativo (...).

Nesse mesmo sentido posiciona-se Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 718), alegando, quando estuda o elemento do tipo previsto no referido artigo, que se a interpretação for independente da intenção de se apropriar, transformando-o num crime de mera conduta, a Lei Penal passaria a configurar, temerariamente, como um mero instrumento de cobrança, havendo então inconstitucionalidade pois a Carta Magna veda a prisão civil por dívida.

Para Luciano Nascimento Silva (2002, p. 14), a atual literalidade da norma colocou um ponto final nessa discussão, tendo em vista sua adequação como delito omissivo, de forma que se apresentaria, no que a doutrina classifica como crime omissivo puro ou próprio, bastando, para enquadramento na conduta, a simples prática da conduta omissiva, continuando assim, o entendimento anterior do artigo 95 da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991, que enfocava, como acreditava a maior parte da doutrina, o “desvalor da ação” (GOMES, 2001, p. 25), dessa forma, não exigiria o resultado naturalístico.

Na jurisprudência pátria encontramos entendimento semelhante, conforme se destaca em decisão colhida nos assentamentos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
ART. 168-A, C/C ART. 71, AMBOS DO CPB. ARGUIÇÃO

DE INTEMPESTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CAUSA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGIBILIDADE. DECRETO CONDENATÓRIO QUE DEVE SER MANTIDO.

A intempestividade, para ser declarada, exige segurança quanto à data de ciência da sentença e interposição do recurso. no caso de dúvida, a irresignação deve ser conhecida.

Agente que, de forma consciente, voluntária e continuada, deixa de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, nos prazos e forma legal, comete o delito previsto pelo art. 168-a, c/c art. 71, ambos do CPB. A existência de crise financeira não pode ser concebida como estado de necessidade, já que o perigo não era eminente, tampouco o cometimento do delito era a única alternativa restante ao agente. O delito em comento trata-se de crime omissivo próprio (deixar de recolher), consumando-se com a simples falta de recolhimento aos cofres da previdência social da contribuição previdenciária descontada dos segurados, não se exigindo do agente qualquer fim específico, ou seja, bastando apenas o dolo genérico como tipo subjetivo.

Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade amplamente comprovadas, máxime pelos documentos acostados e demais arcabouço probatório.

Decreto condenatório que se impõe e deve ser mantido por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal 2006.85.00.004574-9/SE, Relator: Des. Federal César Carvalho (Substituto). 19. fev. de 2009. In: DJU 09.04.2009, grifo nosso)

Luís Flávio Gomes (2001, p. 27), por outro lado, critica esta linha de pensamento e argumenta, por sua vez, que o bem jurídico tutelado é o patrimônio do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) e que o simples fato de não recolher ou não repassar a contribuição não configuraria crime porque falta o elemento principal caracterizador da apropriação indébita que é a inversão da posse. Se não houver esse cuidado, haverá o risco de se confundir o ilícito penal com o ilícito administrativo.

Acerca do bem jurídico tutelado, é manifesto o entendimento que o delito tem caráter lesivo ao patrimônio, mas não ao particular e sim ao

de uma coletividade – o trabalhador, que teve efetuado o desconto em sua folha salarial, cujo objetivo específico é assegurar a aposentadoria ou outros benefícios previstos em lei. A responsabilidade tributária de recolhimento pertence, então, ao empregador, que tem a atribuição de recolher e repassar esses recursos ao INSS.

Em relação ao § 1º, inciso I, como assevera Luís Flávio Gomes (2001, p. 37), o “crime consiste em ‘deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social...’ Cuida-se de conduta omissiva que é o meio para se alcançar a apropriação indevida (que é crime comissivo)”. O inciso II tratar-se-ia do crime praticado por aquele que deixa de “recolher contribuições (...) que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou prestação de serviços”, ou seja, contribuições “contabilizadas e não repassadas ao INSS”; o inciso III normativa o delito de deixar de “pagar benefício devido a segurado” quando as cotas e valores já tiverem sido reembolsados, como é o exemplo de salário família (pressupões o desembolso da previdência social).

Quanto à questão atinente à presença ou ausência do dolo para configuração do tipo penal da norma prevista no artigo 168-A, tal definição é importante, tendo em vista que posicionamentos distintos na doutrina e jurisprudência pátrias têm levado a conclusões diferentes diante das teses de defesa levantadas.

Diante da interpretação divergente da norma, algumas correntes foram se firmando em relação ao dolo, à intenção delituosa. O Tributarista Leonardo Ribeiro Pessoa explica, citando a obra de Rosângela Slomp², que existem diferentes interpretações acerca deste tipo, a saber: a) crime omissivo próprio, que se consumaria com o simples “deixar de recolher”, independente da intenção do agente; b) crime omissivo próprio, com comprovação do dolo genérico, onde reconhecem a “vontade livre e consciente de lesar o fisco”, diante do qual o dolo “deve ser comprovado e não meramente presumido”; c) admite a presença das excludentes de culpabilidade e de antijuridicidade, nas quais caberia uma análise subjetiva da situação do acusado; ainda d) corrente que equipara a apropriação indébita previdenciária ao crime do artigo 168 do Código Penal.

² SLOMP, Rosângela. Inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária – art 168-A do Código Penal. Rio de Janeiro:Forense, 2003, p. 39-66

A forma pela qual o julgador interpreta a norma penal interfere diretamente na assimilação da prática do delito, tornando a aplicação da pena mais severa ou permitindo abertura de espaço as teses de defesa do agente.

Ao lado do entendimento da jurisprudência pátria, há observação, em relação à teoria do crime omissivo puro, sem a necessidade da constatação do dolo, do Ministério Público Federal, manifestada em decisões e pareceres recentes, como se pode apreender do parecer emitido pela Procuradoria Regional da República:

O art. 168-A descreve conduta omissiva pura, consistente no mero *deixar de recolher à previdência social* contribuição descontada da folha de pagamento dos *funcionários*. Nele não se vislumbra qualquer referência a um suposto dolo específico de apropriação dos respectivos valores, entendimento esse, aliás, já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 331982/CE. (BRASIL, PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 5ª REGIÃO, ACR 4591, Procurador: Fábio George Cruz da Nóbrega, 2007)

Esta linha de pensamento afirma que os valores recolhidos e não repassados, uma vez desviados para outros fins que não seja a previdência dos trabalhadores, por si só já configura a tipificação legal. O dinheiro recolhido, não pertence ao empresário, não havendo como esse utilizar para outra finalidade, mesmo sob a alegação de dificuldades financeiras.

PENAL.PROCESSUALPENAL.APELAÇÃO CRIMINAL.APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO COMPROVADAS. NÃO CONFIGURA HIPÓTESE DE PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Materialidade delitativa e autoria comprovadas. 2. Dolo configurado na vontade livre e consciente no sentido de deixar de repassar as contribuições. O art. 168-A exige apenas o dolo genérico consistente na conduta omissiva de deixar de recolher, no prazo legal, as contribuições destinadas à Previdência Social, que

tenham sido descontadas de pagamentos efetuados, não exigindo do agente o *animus rem sibi habendi* dos valores descontados e não repassados. 3. A consumação do delito se dá com a mera ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias, não consistindo a inversão da posse das contribuições em elemento do tipo. 4. A defesa não conseguiu comprovar que as dificuldades financeiras vivenciadas pela empresa tenham sido diferentes daquelas comuns a qualquer atividade de risco de modo a caracterizar causa supralegal de excludente de culpabilidade. 5. O crime de apropriação indébita previdenciária não constitui hipótese de prisão civil por dívida, proibida pela Constituição Federal, uma vez que não se pune a inadimplência civil. Trata-se de conduta tipificada criminalmente, decorrente da omissão nos recolhimentos de contribuições previdenciárias de terceiros. Precedentes. 6. Pena mantida tal qual fixada na sentença. 7. Apelação a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal 2006.61.16.000928-8/SP, Relator: Des. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff. 28. JUL. de 2009. In: DJU 06.08.2009, grifo nosso)

Acatada a tese do dolo genérico, seria “a intenção de descontar do salário dos empregados as quantias referidas e de deixar de repassá-las à Seguridade Social” (PESSOA, 2007, p.4). Dessa forma, se o agente foi levado a atuar numa posição de modo a preencher o tipo previsto pela norma por motivo alheio à sua vontade, não há a presença do dolo.

Hugo de Brito Machado (2005, p. 2) explica esse pensar sob a seguinte afirmação: “se o deixar de recolher é omissão que independe da vontade, o omissor não comete crime, porque crime nenhum pode ser cometido contra a vontade do agente”. No mesmo texto, afirma que as circunstâncias que podem levar à omissão podem ter causa no próprio administrador, mas também a culpa pode ser do fisco credor, que penhora as contas bancárias do contribuinte.

1.2 O ESTADO DE NECESSIDADE E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO EXCLUDENTES DE ILICITUDE E CULPABILIDADE

A violação à norma penal nem sempre adquire as feições de conduta ilícita do delito penal. Em determinadas situações, a conduta pode

ser justificada, não adquirindo a qualidade de ilícita, pois não houve contrariedade ao ordenamento jurídico. Nas palavras de Fernando Galvão (2007, p. 276) “Para qualificar como ilícita uma conduta, é necessário verificar, na realidade material, a ocorrência de algo relevante o suficiente para legitimar a intervenção do Direito. Afinal, a conduta ilícita é uma conduta socialmente relevante”.

As excludentes de ilicitude são permissões, em determinadas situações, para que sejam toleradas lesões a bens jurídicos de outrem. Acerca das excludentes, Fernando Galvão (2007, p. 290) ressalta:

A legislação penal expressa causas gerais de exclusão da ilicitude, mas as causas de justificação não se esgotam nas hipóteses expressas no estatuto repressivo. É possível que a causa excludente de ilicitude encontre-se no ordenamento civil ou administrativo (...).

As excludentes legais estão expressas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro que retiram o caráter criminoso da conduta quando o agente pratica o fato diante do estado de necessidade, em legítima defesa, no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

No âmbito do presente trabalho, o interesse está enfocado no estado de necessidade, cuja definição legal encontra-se prevista no artigo 24 do referido Diploma Legal³. De um lado, um bem jurídico em perigo, de outro, a permissibilidade de lesão a outro bem jurídico. Nesta seara se insere a questão da comparação dos bens em jogo, de modo que, aquele que está sendo defendido deve ser de valor inferior, de forma a justificar a sua proteção em detrimento de outro.

Um dos elementos caracterizadores do estado de necessidade é o perigo atual, que passa a ser compreendido, nos dias atuais, em sentido objetivo:

De maneira geral, concorda-se que o reconhecimento da situação de perigo não pode ficar a cargo de uma avaliação puramente subjetiva desde a perspectiva daquele que desenvolve a conduta que se pretende justificada. (GALVÃO, 2007, p. 296)

³ Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Outros elementos em destaque são a atualidade do perigo, que exige uma ação eficaz imediata, ou seja, a situação deve ter iniciado ou (como consideram alguns) está prestes a iniciar e também a inevitabilidade do comportamento lesivo, ou seja, a situação não foi provocada pelo agente, portanto, não poderia evitar.

Nos crimes tributários têm sido muito comuns alegações da defesa em relação ao estado de necessidade do empresário, que se omite no recolhimento ou repasse do tributo, no caso, das contribuições sociais. A dificuldade deve ser intensa, configurando falência ou concordata da empresa, para que a jurisprudência admita o estado de necessidade.

Exemplifica o estado de necessidade quando o não-recolhimento da receita tributária se verifica por absoluta impossibilidade econômica, devido à precária situação da gestão empresarial, que possui passivo superior ao ativo ou falta de liquidez por longo período, evidenciando estágio preliminar de concordata ou falência, hipótese que, se a situação não for decorrente de gestão fraudulenta, a omissão nos recolhimentos configura verdadeiro estado de necessidade. (PESSOA,2007, p. 9)

Quanto ao conceito jurídico de culpabilidade, caracterizado como um dos elementos da configuração do delito, é o próprio juízo de reprovabilidade. Um dos requisitos que compõe a culpabilidade é a exigibilidade que se faz ao indivíduo de se comportar de forma a não lesionar o bem jurídico de outrem, ou seja, evitar a conduta, baseada no livre arbítrio, em que o indivíduo deve se conduzir de modo a não prejudicar o direito alheio. Estando, em tese, o sujeito diante de uma situação que torne inexigível a prática do comportamento permitido, considera-se como causa de exclusão da culpabilidade prevista no ordenamento jurídico vigente (*nulla poena sine culpa*).

No artigo 22 do Código Penal estão expressas duas causas legais de inexigibilidade: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. Em relação à coação moral irresistível, o motivo é a que não se pode cobrar responsabilidade, tendo em vista que seu comportamento foi viciado. Já a obediência hierárquica supõe uma relação pública de subordinação: acrescenta-se que o executor deve considerar a ordem não manifestamente ilegal. Alguns doutrinadores, ainda, incluem o que designam como

“estado de necessidade exculpante” como causa supralegal excludente de culpabilidade; são os casos em que os bens jurídicos em jogo têm valores equivalentes.

Em relação aos delitos nos crimes contra a ordem tributária, a fundamentação da inexigibilidade de outra conduta abarca situações em que o agente (empresário) não apresenta dificuldade financeira intensa e dispõe de ativo suficiente para pagar os salários, fornecedores, mantendo o funcionamento da empresa, evitando a demissão dos seus funcionários; entretanto, o numerário não é suficiente para pagamento dos tributos e contribuições sociais. Leonardo Ribeiro, em análise comparativa das duas excludentes assim descreve:

A distinção entre os dois institutos está na intensidade das dificuldades financeiras da empresa. Se a falta de liquidez for esporádica e o tributo inadimplido tiver a finalidade de suprir a folha de pagamento, estaremos frente a uma causa de exclusão de criminalidade (inexigibilidade de conduta diversa). Se, entretanto, a dificuldade financeira for constante e profunda o suficiente a ensejar a concordata ou falência da empresa, a questão é de exclusão de ilicitude (estado de necessidade). (PESSOA apud SLOMP, 07, p. 9)

Nessa mesma linha de pensamento, insere-se Hugo de Brito Machado (2005, p.3):

Tem-se de entender, outrossim, que a inexigibilidade de outra conduta não se restringe àquela situação na qual o empresário, por ser pobre, precisa da empresa como condição de sobrevivência pessoal. Se há risco para a sobrevivência pessoal configura-se o estado de necessidade, que embora esteja contido na inexigibilidade de outra conduta, com esta não se confunde, exatamente porque mais abrangente.

O estado de necessidade, portanto, para se configurar, como excludente para os crimes tributários, deve se apresentar como a situação de latente falência, concordata ou insolvência, de forma a eliminar qualquer vontade por parte do agente em lesionar o patrimônio fiscal ou da previdência social. De outro modo, a inexigibilidade de conduta diversa abrange

situação menos grave, onde ainda cabe a decisão por parte do agente entre pagar uma dívida importante juridicamente, como folha de salário ou fornecedores, para continuidade do negócio, evitando demissões ou fazer jus ao pagamento dos tributos e recolhimento das contribuições devidas.

2. A DEFESA EM PROL DO RECONHECIMENTO DA DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA PARA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO

2.1 A INEXISTÊNCIA DO JUÍZO DE REPROVABILIDADE PELA AUSÊNCIA DE VONTADE DO AGENTE

No crime de apropriação indébita previdenciária inexistente a forma culposa, pois deve existir a vontade livre e consciente de não recolher a contribuição. Só podem ser punidas as condutas que podem ser evitadas. Parte da doutrina não aceita a tese da exclusão de culpabilidade, pois entende que aquele que não recolhe a contribuição, mas mantém os registros contábeis ou confessa o débito não tem o propósito de agir contra a previdência social, portanto, a lei atingiria somente aquele que se enquadra no tipo mediante dolo comprovado.

Diante de grave problema financeiro da empresa ou na situação de risco ao pagamento das dívidas urgentes, como os salários e fornecedores, que levaria o empresário inevitavelmente a demitir seus funcionários ou fechar suas atividades, gerando desemprego em massa, mesmo existindo numerário suficiente apenas para pagamento das contribuições, se tais situações não são capazes de excluir completamente a vontade, no mínimo, viciam a sua escolha. Seguindo este raciocínio, Leonardo Ribeiro Pessoa (2007, p.14) afirma:

(...) não há como negar que a teoria da inexigibilidade de conduta diversa é aplicável ao crime de apropriação indébita previdenciária, seja como excludente de antijuridicidade ou como excludente de culpabilidade. O importante é destacar que todo devedor previdenciário que se vê nessa situação em decorrência de fato alheio a sua vontade, pode ser absolvido, com fulcro na teoria da inexigibilidade da conduta diversa.

Deve-se demonstrar, como ônus da defesa, por meio de provas contundentes, que havia absoluta impossibilidade, ao agente acusado da prática do ilícito contra a previdência, de efetuar o recolhimento, pois tal base para absolvição não poderá ser utilizada diante de qualquer crise financeira, mas uma crise que coloque o empresário diante de uma situação que exclua o dolo de sua conduta.

Não faz sentido, diante de tal contexto, argumentar os motivos pelos quais a empresa foi levada à crise, pois este questionamento está fora do âmbito penal tributário. Se tal situação foi realizada pela má administração do contribuinte (gerência temerária) ou por situação outra a qual não deu causa (inclusive o excesso de tributos, que muitas vezes levam as pequenas empresas a situações difíceis, inclusive com a penhora de seus ativos) desclassifica-se a conduta como dolosa, aplicando-se, coerentemente, os institutos excludentes de ilicitude ou culpabilidade ao caso em questão.

Hugo de Brito Machado (2005, p. 1), ressalta que o fato de “deixar de recolher” pode resultar:

a) do propósito puro e simples de não pagar o tributo, tendo o contribuinte condição de fazê-lo normalmente, sem qualquer prejuízo para as suas atividades normais, ou então, b) da absoluta impossibilidade material de fazer o pagamento, à míngua de recursos financeiros, e finalmente c) de decisão do contribuinte de utilizar os recursos de que dispõe para efetuar outros pagamentos, indispensáveis para que sua empresa continue em atividade. (...) apenas na hipótese ‘a’, acima, tem-se configurado o crime (...).

Portanto, caberia as justificativas nas letras “b” e “c”, pois na letra “a” estaria configurado o dolo; entretantes, insiste que não cabe análise sobre a má administração da empresa como questionamento acerca do delito cometido, pois não se pode condenar o acusado por ingerência na sociedade, exceto se houve outro delito tipificado no Código Penal. Deve-se restringir a análise se há ou não problemas financeiros suficientes para que o contribuinte deixe de recolher ou repassar as contribuições por falta de opção, gerando a conduta.

2.2 O CONFRONTO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL ALIMENTAR IMEDIATO DA PESSOA HUMANA

Diante do estado de necessidade que se coloca com a grave crise da empresa, além da ausência do dolo, parte da doutrina alega que também está em jogo o direito alimentar do empregador, tendo em vista que o fruto das contribuições recolhidas para o empregado tem aplicação futura, mas a crise da empresa colocaria o empresário em situação de risco imediato. Desta feita, o bem jurídico a ser garantido pelo empresário teria um valor muito maior do que aquele que a conduta omissiva viria lesionar.

Num estudo sobre a constitucionalidade do artigo 168-A, Rafael Augusto De Conti (2008, p.4) argumenta:

Ora, nem a Constituição Federal, nem o senso comum, estabelecem que alguém esteja obrigado a perder sua liberdade em razão de causas alheias a sua vontade que privam a fonte alimentar futura de outrem, que é justamente o que ocorre quando uma empresa não tem recursos financeiros para pagar a contribuição previdenciária de seus empregados, pois está no prejuízo, e acaba por ter seu administrador (que pode nem ser sócio) preso porque o tributo devido não foi recolhido e repassado.

O empresário suporta os riscos do seu negócio, mas não pode arcar penalmente por uma conduta criada diante de uma situação alheia à sua vontade. Assim, o contribuinte ficará diante de dois grandes problemas: de um lado, a perda de seu negócio (sustento pessoal ou de sua família, como dos empregados) e, de outro, o risco de se ver diante de uma prisão diante de um ilícito penal.

Dentro do impasse da colisão de dois bens jurídicos tutelados, sob o arcabouço do princípio constitucional da proporcionalidade, é mister considerar o equacionamento entre as desvantagens e vantagens em relação ao fim objetivado. *In casu*, o direito alimentar do empregador em crise financeira confronta com o direito alimentar futuro do empregado. Levando-se em consideração o também princípio da razoabilidade, que permeia a proporcionalidade e os critérios de necessidade e adequação, deve o direito resguardar o caráter alimentar mais próximo e imediato, indispensável à preservação da vida e saúde do empregador.

O Estado Democrático de Direito, como garantidor dos direitos fundamentais espera que estes estejam submetidos ao equilíbrio, para resguardar a convivência social e a segurança jurídica. A norma prevista no artigo 168-A, portanto “pune o empreendedor porque ele fracassou na sua empreitada e não conseguiu lograr êxito para honrar sua dívida previdenciária para com o empregado” (DE CONTI, 2008, p. 3).

A defesa da aplicação dos institutos do estado de necessidade e da inexigibilidade da conduta diversa diante da grave situação do empreendedor parte do princípio de que o não acatamento de tal tese, em face da ausência de sopesamento dos motivos pelos quais o agente foi levado à prática da conduta tipificada, feriria o próprio Estado de Direito, pois a condenação e o cumprimento da pena não extingue a dívida com a previdência social, o que vem a reforçar a ideia de que esta visão retarda a livre iniciativa e impossibilita a satisfação do crédito, pois o acusado preso não tem como gerar numerário para pagar a dívida.

Uma vez que se deixe de considerar a difícil situação em que está envolvido o empreendedor como causa excludente do tipo penal, o Estado estará utilizando os meios penais com fins de aumento da arrecadação de tributos, pois diante de um caso concreto, pune os que foram mal sucedidos em sua atividade. Portanto, o objetivo do Estado-legislador e do Estado-juiz seria meramente a utilização do Direito Penal como instrumento coator para arrecadação dos tributos.

3. A ARGUMENTAÇÃO PELA INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS EXCLUDENTES COM BASE NO CARÁTER DE INTERESSE PÚBLICO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL E O EMPREENDIMENTO EMPRESARIAL COMO ATIVIDADE DE RISCO

A Constituição Federal Brasileira conceitua a Previdência Social no artigo 194 como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. A organização da previdência social determina que tal numerário estará destinado a atender os eventos de doença, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio reclusão para os dependentes segurados de

baixa renda, bem como a pensão por morte do segurado, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A renda que é transferida para a previdência pública tem por objetivo primordial prover benefício quando o indivíduo não tem condições de manter seu sustento ou de sua família, garantindo o mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo. É instrumento constitucional de promoção do bem comum, portanto, um bem da vida de valor significativa para ser desprezado em face da tese de dificuldades financeiras empresariais, que atinge um escopo menor de cidadãos.

Ora, o empresário é aquele que exerce a atividade produtiva e assume o risco pela mesma. Refuta-se, diante destas considerações, a opinião doutrinária que defende o não-recolhimento dos valores previdenciários dos trabalhadores pelos seus patrões alegando o direito alimentar do empregador, de aplicação imediata, enquanto que o empregado só utilizaria esse numerário em momento futuro. Semear esse posicionamento é permitir inadimplência no recolhimento deste tributo, causando grave lesão aos cofres públicos que demandaria, em médio prazo, dificuldades no cumprimento de seus objetivos sociais.

Não se pode admitir alegação de dificuldades financeiras como justificativa para o repasse das contribuições dos trabalhadores, pois o caráter da contribuição social é bastante específico. Em decisão esclarecedora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de 1998, verifica-se tal posicionamento:

É inadmissível a alegação de dificuldades financeiras posteriores como justificativas para o não-recolhimento oportuno das contribuições previdenciárias, descontadas dos salários dos empregados das empresas. O dinheiro descontado do salário dos empregados, com relação à Previdência Social, não pertence ao empresário, também não podendo ele utilizar-se desse dinheiro para qualquer outra finalidade que não seja o pagamento das contribuições previdenciárias (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Apelação Criminal 97.03.066449-0/SP. Relator: Des. Federal Casem Mazloun. Relator designado para o acórdão: Des. Federal Oliveira Lima. 26. mai. de 1998. In: DJU 28.06.1998)

A decisão acima se contrapõe à discussão sobre o crime de apropriação indébita tributária quando se questiona a quem pertencem os valores a

serem recolhidos. Os que defendem que não houve o crime afirmam que o numerário fazia parte do ativo do empresário, portanto, não tendo havido apropriação (pois não se pode se apropriar de algo que é seu); outros, como a decisão do Tribunal acima referenciada, acreditam que o montante tendo sido descontado do salário dos funcionários já saiu do patrimônio do empresário e pertencia aos trabalhadores, aguardando apenas o repasse: o empreendedor seria o mero veículo no papel do responsável pelo recolhimento, portanto, não poderá alegar dificuldades financeiras para se eximir do delito de apropriação indébita previdenciária.

Na mesma linha de pensar, outra jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no mesmo período, assim afirma:

O crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias é reprimido no Brasil desde 1937 (DL 65) e sua prática importa em prejuízos à Previdência Social com significativo reflexo nos que dela se utilizam, em especial às classes menos favorecidas. (...) (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Turma. Apelação Criminal nº 96.04.41825-4/SC Relator: Juiz Vladimir Freitas. In: DJU 11. 03.1998)

Em relação à ausência de dolo quando a situação é tão grave que simplesmente não há ativo suficiente para pagamento dos tributos, a doutrina e jurisprudência que defendem a aplicação das exculpantes fundamentam sua tese na ausência da vontade diante da conduta omissiva, pois não teria havido a fraude, uma vez que houve a manutenção, os registros e assentamentos contábeis ou confessando o débito.

Esse modo de ver permite a alegação do “estado de necessidade” e da “inexigibilidade de outra conduta”, admitindo, inclusive, que os motivos pelos quais o sujeito foi colocado diante de tal situação (diante da qual deverá escolher entre dois bens protegidos juridicamente), são indiferentes ao direito penal. Deve-se ressaltar, que para a configuração do estado de necessidade, é imprescindível que os seus requisitos estejam presentes: “ a) existência de um perigo atual; b) que o perigo dirija-se a um bem juridicamente protegido; c) involuntariedade do agente na produção do perigo; d) inevitabilidade do comportamento lesivo; e) inexistência do dever de enfrentar o perigo; f) intenção de agir em conformidade com a permissão legal” (GALVÃO, 2007, p. 293, grifo nosso).

Ora, para alguns julgadores e estudiosos do direito, conforme disposto no capítulo anterior, não é mister discutir, em sede de juízo, se a situação enfrentada pela empresa teve como causa a má administração por conta do próprio acusado, pois não estaria no âmbito do direito penal; essa discussão estaria compreendida na seara administrativa. Contesta-se que a administração temerária, por parte do empresário descaracteriza três dos principais requisitos, quais sejam: a involuntariedade do agente na produção do perigo, a inevitabilidade do comportamento lesivo e a inexistência do dever de enfrentar o perigo. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª região, em decisão recente, expressa no sentido da exigência de que o acusado demonstre que a gestão empresarial se deu dentro dos princípios empresariais adequados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME OMISSIVO PURO. ART. 168-A. , PARÁGRAFO 1º, I, DO CÓDIGO PENAL.

O delito de apropriação indébita previdenciária é crime omissivo puro, caracterizado pelo não repasse à previdência das contribuições recolhidas dos empregados da empresa.

O somente alegado fato de o réu estar impedido de fazer o recolhimento ao INSS por razões econômico-financeiras deve ser comprovado de forma robusta, à luz, inclusive, de perícia contábil, o que, *in casu*, inoocorreu. -autoria e materialidade comprovadas, principalmente a partir dos autos de procedimento administrativo-fiscal que se perfez em todos os seus termos legais, sem que o réu se desincumbisse de provar, cabalmente, qualquer irregularidade consubstanciada nas notificações fiscais de lançamentos de débitos - NFLDS.

Regular exaurimento da instância administrativo-fiscal. apuração de crédito previdenciário em valores em torno de R\$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais).

Apenação que ora se fixa em patamar mínimo legalmente previsto in abstrato (02 anos) e multa. Aumento de pena (1/6) pela continuidade delitiva (art. 71, do cp). Pena definitiva fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Multa: 50 (cinquenta) dias-multa, no valor individualizado de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. cumprimento de pena em regime inicial aberto. -impõe-se, na sequência, a substituição das penas de reclusão

e multa, na forma do art. 44, parágrafo 2º, do CP, por duas restritivas de direitos, com modalidade a critério do juízo da execução penal.

Ementa, circunstanciada, produzida pelo órgão ministerial que ora se reproduz, pela plausibilidade dos argumentos jurídicos nela contidos e adotados neste pronunciamento:

“-o art. 168-a, caput, do código penal, de forma indubitosa, regula crime de omissão própria, onde não consta qualquer elementar exigente de fraude contábil.

Apesar de possível, em tese, o reconhecimento do estado de necessidade exculpante (inexigibilidade de outra conduta) para afastar a aplicação de pena no caso de omissão no recolhimento de contribuições sociais descontadas dos empregados, necessário se faz que o réu comprove, em perícia contábil, a existência das dificuldades financeiras, a gestão da empresa dentro dos princípios da economicidade e a inexistência de outro meio para neutralizar esses óbices, a exemplo da inexistência de ativos, passíveis de alienação, não necessários à sua atividade.”

Apelação do MPF provida (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 1ª Turma. Apelação Criminal nº 2003.82.00.006211-9/PB Relator: Dês. Federal Marcelo Navarro, Revisor: Des. Federal Lázaro Guimarães. 25.mar. 2008, In: DJU 16. 04.2008, grifo nosso)

Caso empresário mantenha ingerência sobre o seu negócio, contraindo abusivamente dívidas que não poderia sanar com seu ativo, atrasando deliberadamente a folha de pagamento dos funcionários, mantendo condutas que inevitavelmente levariam a empresa a tal situação, (ressaltando-se que a atividade empresarial inclui o risco que deve ser suportado), não há como se falar no estado de necessidade ou inexigibilidade de outra conduta, para absolvição desse agente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CONFRONTO DE VALORES ENTRE O BEM JURÍDICO PARTICULAR E O SOCIAL PARA ACOLHIMENTO DAS EXCLUDENTES NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

A Constituição Federal Brasileira dá sustentação ao Sistema Tributário Nacional, regulamentado pela Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional. São previstos, como tributos, os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, considera-se, entretanto, que

além desses, inserem-se os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

As contribuições sociais, especificadas no artigo 195 da Constituição Federal têm como finalidade o financiamento da seguridade social, recolhidas, em geral, sobre a folha de pagamento dos salários. Seu objetivo é, sem dúvida, cumprir um dos princípios do Estado Democrático Constitucional de Direito: a promoção do bem comum, assegurando, ao trabalhador e a sua família, quando deparado em situações atípicas, como o desemprego, doença, invalidez, o aumento da prole e sua inatividade, recursos que permitam uma condição digna, compatível à categoria de cidadãos.

Por outro lado, para o crescimento do país, faz-se necessária criação de empregos, com a abertura e permanência de empresas, a maioria, no Brasil, classificadas como pequenas e microempresas, que procuram se estabelecer e suportar a carga de tributos e encargos sociais necessários e previstos em lei.

A ausência de pagamento de tributos à Fazenda Nacional tem sido lugar comum, diante das possíveis dificuldades atravessadas pelos empresários, e essa conduta não é nova, pois ao longo da história o Estado sempre procurou arrecadar cada vez mais e o contribuinte, por seu lado, buscou alternativas para manter seu patrimônio e lucro individual em suas mãos.

A situação, porém, parece de difícil consideração pelo judiciário quando o crime em tela trata-se da apropriação indébita previdenciária, pois a falta de repasse desses valores compromete seriamente a Previdência Social do país, atingindo tanto os trabalhadores ligados diretamente ao empresário que praticou a conduta quanto toda a classe trabalhadora pela falta de recursos.

A doutrina e jurisprudência atual têm admitido, como argumentos de defesa, para aqueles acusados da prática do crime previsto no artigo 168-A, do Código Penal, as teorias do estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa, como excludentes de ilicitude e culpabilidade, gerando um debate acerca da necessidade da presença ou ausência do dolo genérico do agente em face dos bens juridicamente protegidos e sua importância social.

O artigo 168-A, acrescido, no Código Penal Brasileiro, pela Lei 9.983/2000 acirrou as discussões nos meios doutrinários e jurisprudenciais,

pois tipifica como crime a omissão no recolhimento e repasse das verbas de contribuição ao órgão da previdência, mas não deixa explícita quanto à necessidade da apuração do dolo para enquadramento do agente.

A Magna Carta veda a prisão civil por dívida e, portanto, a figura criada pelo legislador não deveria estar buscando a cobrança de tal dívida tributária, procurando coagir o devedor por meio da ameaça de prisão. Portanto, numa interpretação sistêmica, poderemos considerar que o objetivo do legislador foi classificar o crime de apropriação indébita tributária como crime omissivo próprio.

Diante deste contexto, a jurisprudência tem optado majoritariamente por considerar tal delito como delito de dolo genérico. Portanto, se o agente alega ter agido por graves dificuldades empresariais, que teria por consequência o estado de necessidade ou a inexigibilidade de outra conduta, deve trazer, aos autos, prova cabal de que não havia tais recursos ou que eles eram insuficientes para cumprir tais compromissos.

A base da defesa fundamentada em tais excludentes não necessitaria, em tese, como afirmam os que seguem esta linha de pensamento, procurar os motivos pelos quais a empresa foi levada a tal situação, pois a ingerência do administrador não estaria no escopo do Direito Penal.

Não se pode deixar de considerar, entretanto, que o bem juridicamente protegido neste artigo tem finalidade social específica, garantida constitucionalmente pelo Estado. Sua importância para a realização do interesse coletivo é absoluta. O empresário que deixou, ao longo de sua atividade, de cumprir os objetivos de sua empresa, de saldar seus compromissos por má administração, desleixo, negligência, não poderá eximir-se de recolher as contribuições sociais de seus empregados, ultimando o prejuízo que gerou.

O estado de necessidade requer, como requisito fundamental para ser reconhecido, que o agente esteja diante do perigo “que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar”. Em análise acerca do referido artigo, percebe-se que não bastaria a alegação do estado de necessidade ou apenas de provas contundentes da grave situação financeira da empresa. Também se faria mister uma análise das provas que demonstre que o quadro apresentado não tenha sido consequência da administração irresponsável ou inescrupulosa do acusado. Reforça essa alegação o princípio que o empregador assume os riscos da atividade econômica.

Diante do exposto, podemos chegar a algumas conclusões acerca do artigo 168-A tipificado no Código Penal Brasileiro e suas repercussões no caso concreto: a possibilidade da base da defesa do estado de necessidade e da inexigibilidade de conduta diversa, mediante prova cabal da existência da grave crise financeira a qual não deu o acusado causa ou não pode evitar. Objetivando a importância do bem jurídico social como também a proteção do bem comum contra a possível ingerência que tenha dado causa ao quadro de gravidade que prejudicará duplamente o trabalhador, surge a necessidade de constatar, nesse liame, a ingerência administrativa do acusado, que possa dar causa ao quadro enfrentado.

REFERÊNCIAS

LIVROS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2007

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 1: parte geral, 12 ed., São Paulo : Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes Previdenciários**: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 715-725

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes Tributários**: uma visão prospectiva de sua despenalização, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral, 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.273-327/333-408

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**, 2a ed. Rev. Atual, São Paulo: Saraiva, 2007, pp.1-8.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, 5 ed, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 421-437, 562-567, 571-583, 618-622, 626-627.

ARTIGOS

CARDOSO, Cintia Menezes. Da inexigibilidade de conduta diversa aplicada aos crimes previdenciários, **Clubjus**, Brasília: 20.nov. 2007. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.11752>> Acesso em 11 mar. 2009

DE CONTI, Rafael Augusto. Demonstração da inconstitucionalidade da norma penal de apropriação indébita previdenciária a partir de um estudo interdisciplinar: direitos humanos, legislação e economia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1869, 13 ago. 2008. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11600>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

FRANCO, Patricia Cristina Lessa. Estudo introdutório à apropriação indébita previdenciária. **Revista ESMAFE**: Recife, n. 2, p. 331-340, mai. 2001

MACHADO, Hugo de Brito. **Inexigibilidade de Conduta Diversa nos crimes contra a ordem tributária**. Disponível em:<<http://www.hogomachado.adv.br>> Acesso em 13 mar. 2009

PESSOA, Leonardo Ribeiro. O princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária e apropriação indébita previdenciária, **Revista Ciência Jurídica**: Salvador, v. 19 n. 126, p. 253-262, nov./ dez. 2005

_____. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade no crime de apropriação indébita previdenciária. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 47, 30/11/2007 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2587. Acesso em 16. mar. 2009

SILVA, Luciano Nascimento. O princípio da culpabilidade no Direito Penal Tributario: um estudo acerca dos vocábulos latinos “nulum crimen sine culpa” e nulla poena sine culpa”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3557>> Acesso em 11 mar. 2009

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei nº 9.983 de 24 de julho de 2000.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9983.htm.> Acesso em 18 mar. 2009.

_____. **Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm.> Acesso em 18 mar. 2009.

PARECERES

BRASIL. PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 5ª REGIÃO. Recurso de Apelação Criminal. Art. 168-A. Inexigência de dolo específico de apropriação. Questão já pacificada no STJ. Precedentes de outros Tribunais Regionais Federais e do próprio STF. Inexigibilidade de Conduta Diversa. Ônus Probatório do Réu. Inexistência de prova documental incontestável. Opinitivo pelo não provimento do recurso. Parecer jurídico, n. 47 de 18 de janeiro de 2007. Procurador: Fábio George Cruz da Nóbrega. Disponível em <http://74.125.47.132/search?q=cache:3_uOboq-tEMJ:www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_01/oficios/parecer_047_2007.pdf+%22crime+previdenci%C3%A1rio%22%2Bformal+e+omissivo%2Bdecis%C3%A3o&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 13 mar. 2009

DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL

Paulo Alexandre da Silva

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB
Pós-graduado em “Ministério Público, Direito e Cidadania” pela Fundação
Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte – FESMP/RN
Advogado

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas previstas em edital. Primeiro, analisa os fundamentos constitucional e legal acerca dos concursos públicos. Após, traz a posição da doutrina clássica sobre o tema em apreço. Por fim, deslinda como se define o direito subjetivo dos aprovados.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso público. Vagas dispostas em edital. Candidatos aprovados. Direito subjetivo à nomeação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Concurso Público. 2.1. Fundamentos. 2.2. Preceitos Normativos: Constituição Federal e legislação ordinária. 2.2.1. Preceitos constitucionais. 2.2.2. Legislação ordinária. 3. Posicionamento clássico: mera expectativa de direito. 3.1. Exceções. 4. Direito subjetivo à nomeação. 4.1. Fundamentação jurídica. 4.2. Discricionariedade do momento da nomeação. 4.3. Ocorrência de fato impeditivo do provimento de cargos. 4.4. Recente jurisprudência acolhedora do direito à nomeação. 4.5. Direito à nomeação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 4.6. Instrumento processual adequado. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A globalização da economia tem produzido, até os dias presentes, inúmeras consequências nos mais diversos setores de atividade. Indiscutivelmente, o mercado de trabalho é um deles.

A consolidação da abertura das economias nacionais ao comércio mundial aumentou, consideravelmente, a competição entre as empresas do ramo privado. Na ânsia de se atingir metas de lucros ou, pelo menos, de se manterem ativas, empresas têm tomado várias medidas que, ao final, implicam a redução de custos. A demissão de funcionários é uma das mais corriqueiras.

Diante disso, percebe-se que não só a permanência em um emprego tem sido difícil, mas também a simples procura por um. E como visto, a sua conquista não assegura àquele que o obteve a sua continuidade.

No nosso país, tais fatos, dentre outros, têm despertado a atenção das pessoas para o concurso público. Bons salários e, principalmente, estabilidade são os principais motivos colocados por aqueles que passam a almejar uma vaga no serviço público.

Pululam os cursos preparatórios para concursos públicos e, obviamente, a quantidade de candidatos. O problema é que, depois de uma acirrada disputa, os aprovados nem sempre são nomeados para as vagas oferecidas nos editais dos certames. As autoridades responsáveis costumam relacionar muitos empecilhos para não realizar as contratações, fundamentando todos eles na tradicional discricionariedade administrativa.

No entanto, recentes decisões judiciais vêm indicando uma nova concepção, na qual se reconhece o direito à nomeação ao candidato aprovado dentro das vagas postas no edital. Explicitar e corroborar essa concepção são, pois, o objeto deste trabalho.

2. CONCURSO PÚBLICO

2.1 FUNDAMENTOS

É inconteste a assertiva de que o Poder Público labora com vistas a atingir o bem comum. Mais especificamente, a atuação da Administração

Pública tem como alvo a satisfação dos seus legítimos interesses e os de seus administrados. Para isso, os agentes públicos devem agir eficazmente, de modo a que essas referidas metas sejam, de fato, alcançadas.

Porém, é intuitivo pensar que uma ação eficaz da Administração somente admirará se aqueles que a integrarem forem capazes de realizá-la, ou seja, se os que trabalham em nome da Administração tiverem capacidade profissional, na área respectiva, para trazer uma pronta solução para o problema que demandar intervenção estatal.

Diversos meios já foram utilizados para o preenchimento de cargos públicos, mas, sem dúvida, nenhum deles tem sido mais hábil a colher profissionais eficientes para o Estado do que o concurso público.

Ora, se o fim colimado é ter servidores públicos habilitados para o devido cumprimento de seus misteres, nada mais acertado do que pôr à prova todos aqueles dispostos a tanto e selecionar os que demonstrarem melhores aptidões no manejo dos instrumentos de conhecimento relativos à área daqueles mesmos misteres.

Nisso consiste o concurso público, conforme corrobora Carvalho Filho ao defini-lo como “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”.¹

Deixam-se de lado critérios subjetivos e indicações, os quais abrem portas para o cometimento de vários abusos por parte das autoridades administrativas, nomeando para os cargos e funções públicas pessoas a elas vinculadas, no mais das vezes os próprios familiares.

Com os concursos públicos, privilegiam-se a objetividade e o objetivo de formar um serviço público eficaz. Assim, nomeia-se não mais aquele subjetivamente considerado eficaz pela autoridade executiva, mas sim o que o é após demonstrá-lo no exame de seus conhecimentos.

Demais desses fundamentos de ordem fática e teleológica, existem outros que se revelam em princípios jurídicos encartados na Constituição Federal e nas escolhas políticas feitas pela sociedade brasileira.

Primeiramente, tem-se o princípio da isonomia. Busca-se com ele oportunizar a chance de ingresso no serviço público a tantos quantos o quiserem, sem distinção de condições entre os concorrentes. Aqui, observa-

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 587.

se, também, a obediência ao valor político da democracia, uma vez que qualquer indivíduo que preencher os requisitos legitimamente previstos no edital do concurso, poderá dele participar, independentemente de cor, sexo, raça ou origem.

Em segundo lugar, como uma espécie de contiguidade do princípio da isonomia, aparece o princípio da moralidade administrativa. Este acena com a ideia de que a contratação de pessoal sem a realização de um certame público sinaliza a indiferença da autoridade responsável quanto aos verdadeiros fins do agir da Administração, usando a máquina pública na solução de seus assuntos privados. Assim, o princípio da moralidade veda a prática de atos dessa natureza, impedindo adoção de favoritismos e perseguições.

Por fim, obviamente, não poderia faltar o princípio da eficiência. Como já se disse, o que se espera da atuação do Poder Público é a resolução dos problemas que lhe são levados. E uma pronta resolução desses problemas se dá através do desempenho de agentes públicos eficientes. Estes, por sua vez, só se presumem depois de testada a sua capacidade. E o concurso público se afigura como a melhor forma de fazer esse teste.

2.2 PRECEITOS NORMATIVOS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Embora não seja objeto deste trabalho o estudo do regime jurídico dos concursos públicos, é interessante que se façam considerações a respeito dos dispositivos normativos sobre eles formulados na Constituição vigente e na legislação infraconstitucional, até porque a sua análise auxiliará no momento de fundamentar a posição aqui defendida.

2.2.1 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, consignou-se um capítulo específico versando sobre a Administração Pública. A despeito de apenas formalmente ser matéria constitucional², o fato é que

² Consideram-se substancialmente constitucionais apenas as matérias relativas à organização do Estado e dos poderes, aos direitos e garantias fundamentais, aos princípios fundamentais e aos

o Capítulo VII do Título III da Constituição de 1988 - denominado “Da Administração Pública” -, é o que fornece as diretrizes do regime jurídico-administrativo de nosso país.

Assim sendo, é metodologicamente correta a colocação das regras sobre os concursos no dito capítulo. Essas regras se apresentam em cinco incisos, dos vinte e dois existentes no art. 37.

O primeiro deles é o inciso segundo. Eis os seus termos:

Art. 37. *Omissis*

.....
 II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A norma acima é a mais importante, pois preceitua a regra geral da obrigatoriedade de ingresso no serviço público por meio de concurso público, quer seja de provas, quer seja de provas e títulos. Na verdade, o que interessa nesse dispositivo, fundamentalmente, é o comando de que a contratação de pessoal sem a prestação de certame público será situação excepcional, *que deverá encontrar fulcro em lei*.

Dessa forma, o art. 37, II, constitui-se como a principal previsão normativa da obrigatoriedade de realização de concursos públicos para o preenchimento de cargos e empregos públicos no direito positivo pátrio.

Taxativas são as palavras de Meirelles, ao comentar a regra ora em apreço:

Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.³

elementos de estabilização constitucional (Estado de Defesa e Estado de Sítio). As demais são constitucionais apenas por estarem presentes no texto da Carta Política.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 413.

Por ser a regra, é natural que se dê a essa norma a maior amplitude possível, exigindo-se a feitura de concursos nas diversas áreas do serviço público. De ver a lição de Carvalho Filho:

A regra abrange não só o provimento em cargos públicos, como também a contratação de servidores pelo regime trabalhista. O mandamento constitucional, aliás, faz referência à investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Por outro lado, o concurso deve ser exigido quer para a Administração Direta, quer para as pessoas da Administração Indireta, sejam as públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam as pessoas privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.⁴

Ainda sobre o inciso II, é necessário mencionar que a contratação de pessoal, com dispensa de prestação de concurso público em hipóteses não previstas na legislação, será nula de pleno direito, porquanto estará eivada do vício de inconstitucionalidade. Por via de consequência, surgirão a invalidação das contratações feitas e as sanções aos seus responsáveis, mas estes assuntos requerem detalhamento específico, que foge do tema proposto neste trabalho.

O próximo inciso do art. 37 acerca do concurso público disciplina o prazo de validade do mesmo e a sua prorrogação. Abaixo, a transcrição de seu conteúdo:

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Antes de se passar diretamente aos comentários do objetivo central da norma acima - o prazo de validade do concurso propriamente dito -, é interessante que se entenda o fundamento de sua positivação, isto é, o porquê de conferir prazo de validade para um concurso.

Encontra-se solidificada a ideia de que o objetivo de um concurso é selecionar e contratar os melhores profissionais para o exercício das atribuições de um cargo no serviço público. Se a contratação de servidores é a meta do concurso e não se imagina que a Administração Pública, principalmente diante dos postulados da eficiência e do planejamento, vá

⁴ Op. Cit. p. 589.

produzir atos inúteis, conclui-se que a realização de um certame público atende a uma atual necessidade de pessoal – ou, ao menos, iminente, que terá de ocorrer.

Nesse passo, a estipulação de prazo de validade para concursos está em sintonia com a assertiva da precisão de pessoal e, também, com a ideia de democracia. Explicando: no primeiro caso, o legislador constituinte compreendeu perfeitamente a concepção de que a elaboração de um concurso responde a uma presente exigência de contratação de servidores. Limitar a validade do certame a certo período de tempo significa enfatizar tal concepção às autoridades administrativas, no sentido de que sendo prementes as contratações, não há por que deixar indefinido o prazo para que elas sejam concretizadas. Logo, o prazo de validade do concurso chama a atenção do administrador público para a satisfação da demanda de pessoal, constituindo a expiração desse prazo uma punição para o administrador inerte, que resta sem a possibilidade de aperfeiçoar a sua gestão, a não ser que se promova nova prova, gerando, porém, novos gastos e ferindo o princípio da eficiência.

No que tange à relação do prazo de validade com a ideia de democracia, fácil é deduzir que, restringindo-se tal prazo e se sabendo das constantes renovações, ao longo do tempo, no setor de pessoal do Poder Público (por exemplo, por causa de aposentadorias ou demissões), abrir-se-á a oportunidade para que um maior número de pessoas possa integrar os quadros públicos. Diferentemente seria caso não houvesse o termo da validade, permanecendo a mesma lista de aprovados.

Além disso, assinala-se que a frequente realização de concursos mantém um bom nível intelectual dos aprovados, já que, em tese, aprovação em concurso só chega para os candidatos preparados. A inexistência de prazo-limite possibilitaria o comodismo e a defasagem do conhecimento dos aprovados.

Compreendido fundamento do inciso III, veja-se agora o que significam os seus termos.

O preceito mencionado informa que o prazo de validade do concurso público é de até dois anos. A indicação do período de tempo para determinado certame - dentro desses dois anos, é claro -, é discricionária, já que levará em conta aspectos administrativos, tais como número de vagas, rotatividade de servidores dentro do quadro respectivo, planejamento

orçamentário, dentre outros. É possível até que se elabore concurso para preenchimento imediato de vagas, não havendo prazo de validade. Ao menos, a Constituição não proíbe tal medida.

Outrossim, diz o dispositivo em comento que a duração da prorrogação terá tempo igual ao do prazo de validade inicialmente estipulado. Confirma Carvalho Filho:

Se o concurso foi programado para ter prazo de validade por dois anos, a prorrogação será de dois anos. Entretanto, se o prazo inicial fixado for de um ano, o prazo de prorrogação será também de um ano. Em outras palavras, a expressão *igual período* significa que o prazo da prorrogação tem que ser igual ao prazo inicialmente projetado para o concurso.⁵ (grifo do autor)

Ainda, uma questão a respeito da prorrogação do prazo de validade do concurso poderia ser feita. Seria a seguinte: teria a Administração a obrigação de renovar a validade do concurso? De nossa parte, a resposta tem de ser negativa. A autoridade administrativa não está constrita a perfazer a prorrogação do certame.

Primeiramente, o termo usado no período do inciso III é o adjetivo “prorrogável”, que, segundo o Aurélio⁶, significa “que pode ser prorrogado”. Assim, denota-se a ideia de faculdade.

Em segundo lugar, verificado pelo administrador que todos os objetivos contidos no edital da seleção foram devidamente cumpridos, nada mais correto do que encerrar o procedimento. Visto que deste, diante das circunstâncias ordinárias, nada resultará, não se arrogam razões para a renovação do prazo de validade do concurso.

Ademais, para revalidar esse prazo, seria de bom grado que a Administração, na verdade, justificasse tal providência. Em outras palavras, as autoridades executivas demonstrariam bom domínio das regras de administração, informando os motivos pelos quais lhes resta alongar a validade do certame para o alcance do que estabelecido no edital.

O art. 37, IV, dispõe a respeito da precedência na convocação. Reza a norma:

⁵ Op. cit. p. 596.

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o Dicionário da Língua Portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005. p. 660.

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

A regra acima, frise-se, não é um primor de técnica, se consideradas todas as ponderações feitas até aqui neste trabalho, à luz do verdadeiro espírito do concurso público.

O fito desse dispositivo é priorizar as vagas para cargos ou empregos públicos oferecidos em edital aos candidatos aprovados no certame previsto neste mesmo edital, em detrimento dos candidatos aprovados em concurso posterior realizado dentro do prazo de validade do primeiro.

Veja-se que a crítica a ser feita tem relação com a admissão, pela norma constitucional, da possibilidade de existirem, simultaneamente, mais de um concurso para um mesmo cargo ou emprego. Em outras palavras, a Constituição Federal parece permitir a interpretação de que a Administração Pública poderia abrir concurso para preenchimento de cargos públicos quando ainda está em vigor procedimento com o mesmo fim.

Ora, não é possível imaginar, diante do princípio da eficiência, o qual inspira todo o agir do Poder Público, que, existindo aprovados habilitados de um processo seletivo ainda válido, um administrador público determine a realização de novo concurso, já que poderia nomear os aprovados mencionados supra. Se tomar esta última medida, não gerará novos gastos e trará mais rapidez ao provimento dos cargos.

Se novo concurso é anunciado dentro do prazo de validade do atual aberto, significa dizer, conforme comentado neste trabalho, necessidade de pessoal. Só que pessoal já existe; são os aprovados no concurso com prazo de validade ainda vigente.

Um segundo ponto merecedor de menção é o que se refere à expressão “prazo improrrogável”. Contudo, não se encontra oposição à exegese de que estes termos levam em conta a possibilidade de aplicação da regra à prorrogação do prazo de validade quando necessário.

Ainda sobre o inciso em apreço, eis as palavras de Afonso da Silva:

Examinado isoladamente, esse dispositivo parece criar um direito subjetivo dos concursados para a nomeação, ainda depois de esgotado o prazo do concurso e ainda que já existam novos concursados. Mas isso seria um contrassenso. Esse inciso tem que ser entendido em harmonia com o inciso III do mesmo artigo. Se aqui prevê prazo de validade de concurso e esse prazo foi estabelecido, o direito de ser convocado só perdura dentro desse prazo e de sua prorrogação. Se por ventura se realiza novo concurso dentro do prazo de validade do anterior, aquele que foi aprovado neste não precisa impugnar sua realização, porque aí o seu direito de ser convocado, para ocupar o cargo ou emprego na carreira, permanece intacto, e essa abertura de novo concurso confirma o seu direito, porque demonstra a existência de vagas. Aberto o novo concurso, dentro do prazo de validade do anterior, pode reivindicar, desde logo, sua nomeação para uma dessas vagas.⁷

A análise desse trecho da obra do grande constitucionalista paulista leva a entender que, para ele, além de o inciso IV confirmar a ideia de que o legislador constituinte, com a positivação do prazo de validade, quis chamar a atenção do administrador para a satisfação da presente demanda de pessoal, não sendo válidas, portanto, contratações feitas após o termo de tal prazo, a elaboração de um concurso indica essa mesma demanda de servidores. E se realizada a seleção dentro do prazo de validade do que está aberto, essa ideia se confirma, gerando o direito de nomeação aos concursados do primeiro concurso.

Resta implícita a ideia de que Afonso da Silva admite a realização de um novo concurso dentro do prazo de validade de outro.

De nossa parte, a única hipótese que salva a utilidade da norma em comento é aquela em que o número de aprovados no concurso é menor do que o de vagas previstas no edital, e, assim, antes de realizadas as nomeações, novo concurso é aberto com vistas a preencher as vagas restantes do concurso anterior.

Percebe-se que na hipótese acima o inciso IV buscaria proteger os aprovados no primeiro concurso caso o posterior viesse a finalizar (a realização do concurso em si, não o seu prazo de validade) antes de

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 664.

qualquer nomeação do primeiro. É nesse sentido que é possível vislumbrar utilidade a essa regra constitucional, a despeito de tal situação não ser tão frequente.⁸

O próximo dispositivo do art. 37 pertinente aos concursos públicos é o seu inciso VIII, *in termis*:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

No âmbito do que proposto por este trabalho, a norma supra dispensa maiores comentários, não obstante a sua grande relevância.

O art. 37, VIII, consagra a política de ações afirmativas adotada pela Constituição Federal. Tal política, no gênero, busca redimensionar o aspecto de paridade, prejudicado em desfavor de determinadas pessoas que, por questões diversas, encontram-se em situação desfavorecida.

No dizer de David Araújo e Nunes Jr., citados por Lenza:

⁸ Recente decisão do STJ abarcou uma nova hipótese na qual se pode contemplar a efetividade do dispositivo em comento. Trata-se do caso em que o edital preceitue que apenas serão considerados aprovados aqueles candidatos que se posicionarem classificados no número de vagas previstos pelo mesmo edital. Veja a ementa do mencionado julgado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CURSO DE FORMAÇÃO. CANDIDATA ELIMINADA DO CERTAME ANTERIOR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Havendo o edital estabelecido que todos os candidatos classificados além do número de vagas previsto estariam eliminados, não há falar em aprovados nessa situação, razão por que a abertura de novo concurso público no prazo de validade do anterior não gera direito líquido e certo à convocação para a fase subsequente, assim como não contraria o disposto no art. 37, incisos IV, da Constituição Federal.

2. Hipótese em que a recorrente se posicionou além do número de vagas previsto no concurso público para ingresso na carreira de Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, regido pelo Edital 3/02, razão pela qual foi eliminada, conforme Item 9.3. Assim, o lançamento de edital de novo certame, Edital 8/06, ainda que no prazo de validade do anterior, não gera direito líquido e certo à convocação para a segunda fase – curso de formação. Precedente do STJ.

3. Recurso ordinário improvido. Agravo regimental prejudicado.”

Nessa situação, novo concurso poderá ser deflagrado ainda que dentro do prazo de validade do anterior, já que deste não mais haverá aprovados. Assim, a norma do art. 37, IV protegerá os concursados do primeiro certame. (STJ, 5ª T, RMS nº 24.592/RS, Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. de 11.09.2008, DJ 17.11.2008)

[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.⁹ (grifos do autor)

No caso em tela, o grupo determinado é o dos portadores de deficiência. O comando da norma constitucional, como está claro em seus termos, é no sentido de que uma lei discipline a reserva de um percentual sobre o número de vagas previstas no edital do concurso para o referido grupo, além do estabelecimento de critérios os quais indicarão que pessoas pertencerão a tal grupo. A título de informação, coube ao Decreto nº 3.076, de 1999, regulamentar a matéria em apreço.

Finalmente, o quinto inciso a versar sobre concurso público no art. 37 é exatamente aquele que dispensa a sua realização. Ei-lo:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Nesta situação, a contratação direta de servidores, sem prestação de concurso público, é bastante justificável, em razão de, não só buscar o atendimento de necessidades de excepcional interesse público, como também de ter um tempo de duração determinado, isto é, a contratação realizada terá um termo final pré-determinado, justamente para os servidores atuarem nas demandas oriundas dessas mencionadas necessidades. Assim sendo, percebe-se que nem todos os cargos e empregos públicos poderão ter o seu preenchimento através dessa modalidade.

A norma que dispõe a respeito dessa matéria é a Lei Federal nº 8.745, de 1993, alterada pela Lei Federal nº 9.849, de 1999. Esta legislação trouxe à baila o elenco das hipóteses que ensejam a contratação direta de servidores,

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 533.

mencionando, porém, que haverá um processo seletivo simplificado, à exceção de algumas dessas hipóteses.

Por fim, interessa informar sobre a lei supracitada que os servidores contratados, expirado o prazo de duração de seus contratos, passarão por uma espécie de “quarentena”, sem que possam ser novamente selecionados, por essa modalidade de ingresso, no serviço público. O prazo preceituado na lei é de vinte e quatro meses, embora se excepcionem dessa regra as situações de calamidade pública.

2.2.2 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Na esfera infraconstitucional, a normatização dos concursos públicos se encontra, via de regra, nas leis que estabelecem os estatutos dos servidores públicos. A Constituição da República confere a todas as pessoas políticas a competência para legislar sobre o regime jurídico de seus agentes públicos.

A nossa atenção, porém, dar-se-á para o ato normativo que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União: trata-se da Lei Federal nº 8.112, de 1990 e suas alterações. E basta o estudo desta porque as legislações dos Estados e dos Municípios praticamente a reproduzem, principalmente no ponto relativo aos concursos públicos.¹⁰

Eis os dispositivos que regulamentam o processo seletivo no âmbito da União:

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

.....

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos,

¹⁰ De registrar que os estatutos dos servidores públicos civis dos Estados do Maranhão, Pará e Rio Grande do Norte se destacam por garantirem o direito à nomeação dos aprovados dentro das vagas previstas no edital.

podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

O art. 10 desta lei não apenas confirma (e não poderia ser diferente) a regra geral postada na Constituição Federal acerca da exigência de realização de concurso para ingresso no serviço público, como também traz dois comandos que detalham ainda mais a disciplina jurídica do tema em apreço.

O primeiro deles preceitua que a nomeação dos aprovados deve obedecer a ordem de classificação dos mesmos. A despeito de estar imbuída da mais pura lógica - já que, se o objetivo dos concursos públicos é recrutar os melhores profissionais, os mais bem classificados (e, assim, os melhores) terão precedência na nomeação -, a prática das autoridades administrativas continuava a burlar a demanda de eficiência do Poder Público com nomeações de apadrinhados políticos mal classificados no exame de seus conhecimentos.

Para afastar essas nefastas condutas da Administração, recorria-se à justiça para que a ordem de classificação fosse respeitada, o que significou o reiterado reconhecimento jurisprudencial no sentido de garantir a nomeação daquele melhor classificado, porém preterido. No Supremo Tribunal Federal, a matéria foi sumulada. Trata-se da súmula nº 15:

Dentro de prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Dessa forma, é de entender a positivação dessa ideia tão-somente como meio de deixá-la clara aos administradores públicos. Admira-se que o legislador brasileiro, neste intento, não tenha posto “ordem *crescente* de classificação”.

O segundo detalhe previsto no art. 10, na verdade, é apenas o esclarecimento do que mal expressado pelo inciso IV do art. 37 da Carta

Política. Busca-se evidenciar que as nomeações de um determinado concurso só podem ser concretizadas enquanto este ainda se encontrar válido. Expirado o prazo de validade, ficam vedadas as nomeações.

Adiante, tem-se o art. 11, o qual dá diretrizes gerais no tocante à forma como o certame deve acontecer. Assinale-se que tal dispositivo determina a cobrança da taxa de inscrição apenas para o custeio do processo seletivo, e não como forma de se aferir receita para a Administração, conforme a prática tem mostrado.

Do art. 12, dispensam-se comentários a respeito de seu *caput*, uma vez que o mesmo repete os termos do inciso III do art. 37 da Constituição.

No que tange ao seu parágrafo primeiro, confirma-se a consagrada ideia de que o edital é lei do concurso público. É nele que se especificam todos os detalhes relativos à seleção.

Por fim, há o parágrafo segundo. Este dispositivo é bastante importante, ainda que pertença àquele grupo de normas que diz o óbvio.

A diferença, todavia, é que esse parágrafo segundo serve como esclarecimento do que mal redigido no art. 37, IV, da Lei Maior. Lá, tem-se a nítida impressão de que se admite a realização de concurso público dentro do prazo de validade de outro, ainda havendo candidatos aprovados, em uma clara infração ao princípio da eficiência.

A alternativa encontrada para não considerar aquele dispositivo em dissonância com a ordem constitucional vigente foi interpretá-lo no sentido de ser cabível apenas nos casos em que o número de aprovados no concurso for menor do que o de vagas previstas no edital. Fora dessa hipótese, não se faz necessário novo certame enquanto ainda válido o primeiro e existam candidatos aprovados.

O art. 12, §2º, corrobora o acerto da interpretação feita acima ao dispor, expressamente, que a existência de candidatos aprovados em concurso público, com prazo de validade ainda vigente, impede a realização de novo concurso.

Ora, essa norma aponta o óbvio. Se o concurso ainda é válido e existem candidatos aprovados, por que realizar nova seleção? Por que ensejar a prática de novos gastos quando a mesma solução pode ser alcançada sem a retirada de qualquer centavo do Erário? O parágrafo segundo do art. 12 se encontra em perfeita harmonia com o princípio da eficiência.

3. POSICIONAMENTO CLÁSSICO: MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Talvez, um dos postulados mais tradicionais no âmbito do direito brasileiro é o que considera a situação jurídica dos candidatos aprovados em concurso público - dentro ou fora das vagas disponibilizadas no edital - uma mera expectativa de direito.

Durante décadas, doutrina e jurisprudência têm reiterado a ideia de que a nomeação dos aprovados em certames públicos resta no centro da atividade discricionária dos administradores públicos.

Para os partidários desse posicionamento, as circunstâncias de ordem administrativa é que norteiam a avaliação da Administração Pública no que toca ao provimento de cargos abertos em face da realização de concurso. As autoridades administrativas preenchem - ou não - os cargos vagos com base nos juízos de oportunidade e conveniência, isto é, à medida que os interesses da Administração reclamarem.

Logo, segundo os defensores dessa tese, não se pode falar em direito à nomeação do candidato aprovado, uma vez que este cede perante os interesses superiores da máquina pública, representados, *in casu*, pela discricionariedade exigida para o provimento dos cargos.

Nesse sentido, ministra Meirelles:

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; [...] E assim é porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito, que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. *Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação ou à admissão, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado.*¹¹ Grifo nosso

Da mesma forma o faz Cretella Jr.:

Depois de realizado o concurso, a Administração não é obrigada a nomear os aprovados e classificados, pois o poder público é

¹¹ Op. Cit. p. 415.

o único juiz da oportunidade e conveniência da medida. Desse modo, os candidatos, mesmo aprovados e classificados, não têm direito líquido e certo à *nomeação*, mas apenas mera expectativa de direito.¹²(grifo do autor)

A jurisprudência dos tribunais superiores também tem estado em comunhão com esse entendimento, conforme se observa, a título de exemplo, nas decisões que se seguem:

EMENTA: Concurso público: direito à nomeação. Súmula 15-STF. Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação: precedentes. O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da Administração Federal, ainda quando determinado por decretos editados no prazo de validade do concurso, não implica, por si só na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão.¹³

ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – FHEMIG – CANDIDATOS APROVADOS, PORÉM NÃO CLASSIFICADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO.

1 – A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que os aprovados em concurso público têm apenas mera expectativa de direito à nomeação, eis que fato submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, desde que respeitada e observada a ordem classificatória dos candidatos, evitando-se, assim, preterições. Entendimento da Súmula 15/STF.
2 – Verificado que as impetrantes não se classificaram dentro do número de vagas previstas pelo edital e que inexistente prova de que as mesmas foram preteridas por conta de nomeações de outros candidatos de pior classificação, não há direito líquido e certo a ser amparado.

¹² CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 484.

¹³ STF, 1ª T, Ag. Rg no RE nº 421.938/DF, Min. Sepúlveda Pertence, ac. 09.05.2006, DJ 02.06.2006.

3 – Recurso conhecido, porém, desprovido.¹⁴

3.1 EXCEÇÕES

A despeito da consolidação dessa construção teórica em favor da discricionariedade do administrador público na nomeação dos candidatos aprovados, a jurisprudência passou a analisar determinadas hipóteses que se davam na concretude dos fatos administrativos, julgando-as injustas e, assim, abrindo exceções à referida construção teórica.

Na ocorrência de tais hipóteses, a mera expectativa de direito que detêm aqueles candidatos, convola-se em direito subjetivo à nomeação. É que nessas hipóteses, conforme se verá, não só resta evidenciada a necessidade de contratação de pessoal pela Administração, como também a existência de efetiva contratação em flagrante desrespeito ao edital e aos direitos dos candidatos.

Eis algumas das situações que conferem aos aprovados o direito subjetivo à nomeação:

a) Preterição da ordem classificatória: aqui, dá-se a nomeação de candidato sem a observância da ordem de classificação. Nesse caso, percebe-se a evidência da necessidade da nomeação de candidato, já que realizada (mesmo que inválida), como também a sua ilegalidade face à inobservância da lista ordinatória de aprovados. A presente situação, como visto no tópico dos preceitos normativos, ganhou abrigo nos estatutos dos servidores públicos e se tornou assunto sumulado pelo STF (súmula nº 15);

b) Demonstração inequívoca da necessidade de pessoal: nessa hipótese, tem-se clara a necessidade de agentes públicos em função de atos praticados pela Administração Pública. Os mais diversos atos podem dar fundamento à flagrante precisão, como, por exemplo, a publicação de edital de novo concurso, dentro do prazo de validade do atual, sem que tenha sido feita qualquer nomeação e haja número de candidatos aprovados, pelo menos, igual ao de vagas previstas;

c) Contratação de terceiros a título precário: nesse caso, pessoas

¹⁴ STJ, 5ª T, RMS nº 10.961/MG, Min. Jorge Scartezini, ac. 19.04.2001, DJ 13.08.2001.

estranhas ao concurso público são contratadas a título precário, isto é, sem qualquer vínculo efetivo com a Administração. Obviamente, faz-se mister que haja candidatos aprovados no concurso cujo prazo de validade vige. Assim sendo, exsurge o direito líquido e certo do candidato aprovado, consoante tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIO FEDERAL. ACORDOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIOS PARA FISCALIZAÇÃO DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL. DEMONSTRAÇÃO DE NECESSIDADE DE PESSOAL. PREENCHIMENTO DE VAGA EXISTENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Os acordos de cooperação técnica celebrados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e diversos Municípios catarinenses têm por nítido escopo fazer com que servidores municipais desempenhem, sob o comando da União, as atividades tipicamente desenvolvidas pelos fiscais agropecuários federais.

2. Nesse caso, embora a União não contrate diretamente terceiros, em caráter precário, para desempenhar as funções do cargo em questão, ela o faz de maneira indireta, ao passar a se utilizar da mão de obra de servidores municipais disponibilizados pelas prefeituras, os quais passam a exercer funções próprias da Administração Federal.

3. A ratio essendi de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existente, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.

4. Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga.

5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser nomeada, bem como haver vaga desocupada, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação.

6. Ordem concedida.¹⁵

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA SEM ÔNUS AO PODER PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. Comprovada a existência de vaga e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão da contratação temporária para exercício da função, exsurge o direito líquido e certo do impetrante à nomeação no cargo para o qual fora aprovado.

2. Uma vez inexistindo a contratação precária com ônus ao Poder Público, mas mera cessão pelo Município de funcionários, sem ônus ao Poder Judiciário, não se caracteriza a preterição do candidato aprovado. Direito líquido e certo inexistente.

Recurso desprovido.¹⁶

Em não ocorrendo situações de natureza semelhante às referidas acima, a autoridade administrativa não poderia ser impelida a realizar as nomeações dos candidatos aprovados, ainda que dentro das vagas previstas no edital do concurso.

4 . DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

Registre-se, de início, que toda a argumentação doravante exposta, em defesa do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados, vale tão-somente para aqueles cuja classificação ocorre dentro do número de vagas veiculadas no edital do concurso e os casos derivados, como, por exemplo, aquele em que o candidato que ocupa a primeira posição além do limite de

¹⁵ STJ, 3ª S, MS nº 13.575/DF, Min. Jane Silva, ac. 10.09.2008, DJ 01.10.2008

¹⁶ STJ, 5ª T, RMS nº 23.962/RJ, Min. Félix Fischer, ac. 27.03.2008, DJ 05.05.2008

vagas ofertadas, mas um dos que estão dentro desse limite desiste do cargo ou, já empossado, por algum motivo, desliga-se dele antes de feitas todas as nomeações previstas.

4.1. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Sabe-se que um dos atributos dos atos administrativos é a sua presunção de legitimidade, isto é, a suposição inicial de que tais atos estão de acordo com as regras pertinentes a sua produção (embora essa presunção possa cair em face de prova em contrário).

Em tema de concurso público, o ato administrativo específico a se abordar é o edital que deu publicidade ao certame. O edital, como o contrato no âmbito do direito privado, faz lei entre as partes, ou melhor, é a lei do concurso. Desde que observadas as normas constitucionais e infraconstitucionais, as quais apenas indicam questões pontuais, as disposições incluídas no edital passam a reger todos os aspectos relativos ao concurso a ser realizado.

Em muitas oportunidades, os editais dos concursos públicos trazem a indicação do número de vagas disponíveis para os cargos oferecidos. Quando esta hipótese tem lugar, é insofismável, diante do ordenamento normativo pátrio, a concepção de que a Administração Pública encontra-se vinculada ao perfazimento do provimento daqueles mesmos cargos. De ver por quê.

Inicialmente, consoante se disse acima, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos são legítimos, isto é, o conteúdo do que enunciam é verdadeiro. Logo, se um edital lançado pela Administração abre tantas vagas para determinados cargos, extrai-se a inequívoca conclusão, sob o ponto de vista lógico-jurídico, de que a mesma Administração carece do provimento desses cargos.

Reforça-se essa ideia com o que argumentado no tópico referente aos fundamentos da realização do certame público. Ora, seria totalmente descabida a afirmação de que o Estado poderia praticar atos sem utilidade, haja vista que a atuação estatal, via de regra, significa gastos. E é aqui desnecessário lembrar o conjunto de normas que proíbe a conduta pródiga com o erário público.

Dessa forma, o anúncio da feitura de um concurso sinaliza claramente a necessidade de pessoal por que passa determinado setor do Poder Público.

Nesse sentido, as límpidas lições de Maia e Queiroz:

Ora, se a Administração tem, na maioria dos casos, discricionariedade em lançar ou não o concurso público, de certo que, *quando resolve deflagrar o certame, o faz porque há necessidade de provimento dos cargos vagos*. Do contrário, seria o administrador irresponsável por estar abrindo concurso público, com os mais diversos ônus para a Administração, sem a respectiva necessidade de admitir mais pessoas no serviço público, atitude essa que pode gerar consequências no âmbito da improbidade administrativa.¹⁷ (Grifo nosso)

Em mudança de entendimento, Carvalho Filho passou a corroborar essa posição, consoante se vê a seguir:

Se o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções. Assim, deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo à nomeação.¹⁸

E a menção ao número de vagas disponíveis, pela mesma razão e com base na presunção de legitimidade, quantifica a referida necessidade.

Além disso, ao se evidenciar a carência de funcionários com realização do concurso, expressando-a em números, o não preenchimento das vagas implica a infringência ao princípio constitucional da eficiência, porquanto falta à Administração a quantidade, para ela, ideal de agentes para que possa fazer frente às demandas que se lhe apresentem.

Impõe-se, daí, o provimento dos cargos, afastando-se a ideia de discricionariedade.

Frente a tais circunstâncias, o candidato aprovado cuja classificação se deu dentro do número de vagas disponíveis passa a ter o direito subjetivo a ser nomeado.

O primeiro fundamento a sustentar a tese acima é o princípio da

¹⁷ MAIA, Márcio Barbosa. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 226-227.

¹⁸ Ob. cit., p. 594.

legalidade, na sua acepção mais ampla. Isto porque, como demonstrado, as autoridades administrativas estão vinculadas às disposições do edital, que nada mais é do que um ato regulamentar derivado dos comandos constitucional e legal da obrigatoriedade de realização de concurso para o preenchimento de cargos e empregos públicos.

De conferir, novamente, a doutrina de Maia e Queiroz, cujo conteúdo avaliza a vinculação da Administração ao que esculpido no edital:

Assim, no momento em que a Administração publica o Edital de abertura do concurso público, convocando a sociedade para nele participar, vincula-se a seus termos, bem como à necessidade de concluir o concurso e nomear os candidatos.¹⁹

Destarte, o provimento dos cargos vagos previstos no edital constitui obediência da Administração ao postulado da legalidade, em completa harmonia com o atributo da presunção de legitimidade.

O princípio da moralidade administrativa também se encaixa no suporte jurídico ao direito à nomeação do candidato aprovado. Ora, imbuídos da ideia de que a previsão de vagas no edital queira dizer a necessidade de pessoal e, por consequência, contratações, os candidatos se inscrevem nos concursos, com o pagamento da respectiva taxa.

O transcurso do prazo de validade – e sua eventual prorrogação – sem a nomeação de algum candidato aprovado no número de vagas oferecidas importa na conclusão de que o cargo não era necessário, tendo sido demonstrada uma diferente (e falsa) ideia aos candidatos. Insistindo-se na concepção de que a nomeação é um ato discricionário, torna-se fácil rematar que a Administração usou de má fé contra os candidatos para angariar recursos com o pagamento das taxas de inscrição, pois estipulou a existência de cargos cuja nomeação não viria a ser feita, iludindo aqueles candidatos, que pagaram a taxa de inscrição na crença de que, aprovados no número vagas fixado, seriam nomeados.

É certo que esse tipo de atitude é mais evidente quando nomeação alguma é feita; porém, mesmo quando algumas das vagas são preenchidas, a situação permanece em desrespeito à moralidade administrativa, já que quanto mais vagas forem disponibilizadas, maior será o número de

¹⁹ OP. CIT., p. 227.

candidatos. Exatamente por causa das maiores chances de aprovação.

A ausência de uma justificativa fundamentada que legitime a não realização das nomeações – não vale a discricionariedade – implica em uma conduta antiética e desonesta por parte do administrador público, em contraste com os propósitos da moralidade administrativa.

Neste diapasão é que surge a questão do famigerado “cadastro de reserva”. Tal expediente não raro tem sido utilizado em editais de concurso com o fito de não comprometer o ente administrativo responsável no que tange a futuras nomeações, já que a alegação de inexistência de vagas inviabilizaria as demandas dos candidatos. Oficialmente, argumenta-se no sentido de que à medida que surgirem vagas, o cadastro será utilizado.

Tal expediente se revela como um lídimo absurdo jurídico.

É inconcebível imaginar que a Administração possa realizar concurso público sem estar necessitando de pessoal. A defesa desta possibilidade é fruto do mais rudimentar e obtuso raciocínio. Ora, qual o sentido de se gastar recursos financeiros e humanos com a organização do certame se não existe a previsão de vagas a serem preenchidas, ou seja, se inexistente necessidade?

É isso que representa o cadastro de reserva. Em sua defesa, alega-se que se trata de um artifício que dá praticidade ao procedimento em que colocado o concurso, já que na hipótese de repentino surgimento de vagas, já existem candidatos aprovados que poderão ser utilizados.

No entanto, esse argumento vem apenas a confirmar que não é atual (nem iminente) a carência de funcionários, pois somente “se” esta última – a carência de funcionários - acontecer, os aprovados do cadastro serão contratados.

Se, por insistência (em defender o cadastro), se disser que, na verdade, necessidade existe, mas falta dinheiro para custear as contratações necessárias, e por isso o cadastro de reserva seria útil para que quando surgissem os recursos as nomeações pudessem ser feitas, incorrer-se-á em inobservância das regras de boa administração (um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa).

Isto se dá porque, obviamente, se há necessidade, mas mínguas os recursos, espera-se que estes apareçam para se organizar o concurso, cuja necessidade será satisfeita. Até porque, ademais, configura-se mau exemplo de gestão pública dispensar numerários financeiros com a

complexa organização de um concurso público e não efetivar o objetivo do mesmo concurso em função de deficiência orçamentária. Porém, ainda poderia a autoridade administrativa dizer que o arrecadado com as taxas de inscrição cobriria os gastos advindos do processo seletivo. Aí, também nessa hipótese, o princípio da moralidade urge relacionado com a posição dos candidatos.

Ora, é evidente que os concorrentes a um cargo público se inscrevem nos concursos com o objetivo de integrar o quadro de pessoal do serviço estatal. A partir do momento em que a Administração se utiliza do artifício do cadastro de reserva, ela deixa expressa a possibilidade de não serem feitas nomeações caso não surjam vagas durante o prazo de validade do certame. Assim, resta incontestado o desrespeito à boa fé dos candidatos, já que se prevê a possibilidade de inexistir provimento de cargo, a despeito do embolso do que apurado com as taxas de inscrição. Esta atitude, inegavelmente, constitui infração à moralidade administrativa.

É preciso que esteja clara para os administradores públicos a óbvia idéia de que o objetivo de um concurso é a contratação de pessoal para os quadros da Administração respectiva. E, ao menos no âmbito do manejo do dinheiro público, somente se contrata se houver precisão de servidores. Dessa forma, a realização de processo seletivo só será, administrativa e juridicamente, admissível quando houver carência de funcionários, fato este que impõe a quantificação dessa necessidade mediante a indicação de cargos vagos e, conseqüentemente, o seu devido provimento.

Diante do que exposto, repita-se, também deve se tornar cristalino para as autoridades administrativas o entendimento de que, se é devido e necessário o provimento dos cargos públicos indicados como vagos no edital, os candidatos que forem aprovados dentro da quantidade indicada terão direito à nomeação durante o prazo de validade do concurso. A desobediência a essa fere os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

4.2. DISCRICIONARIEDADE DO MOMENTO DA NOMEAÇÃO

Não obstante a posição acolhida neste trabalho pelo acolhimento do direito à nomeação do candidato aprovado, com base na vinculação da Administração ao edital do concurso quando há previsão de vagas, cumpre

assinalar que tem discricionariedade a autoridade administrativa, dentro do prazo de validade, no que diz respeito ao momento da contratação.

É preciso perceber que uma série de questões de ordem administrativa motiva o surgimento de cargos vagos no interior da Administração. A aposentadoria compulsória, por exemplo, é uma delas. De acordo com a Constituição Federal, o servidor que completar 70 anos de idade será compulsoriamente aposentado do serviço público.

Ante tal circunstância, o setor de recursos humanos de determinado órgão, vislumbrando a ocorrência, em breve, de fato como o acima citado, toma eficiente providência ao informar à autoridade administrativa da necessidade de recompor o quadro de pessoal, que em data futura e *certa* estará defasado.

Concluída a realização do concurso, que, por exemplo, previu número de vagas igual ao de cargos vagos pelo evento aposentadoria, apenas quando esta se der é que a Administração poderá efetuar as nomeações.

Demais disso, circunstâncias imprevisíveis pela Administração podem impedir a contratação do candidato aprovado.

E não há dizer que admitir a discricionariedade para o momento das contratações é estar em contradição com a idéia de necessidade que deu ensejo à realização do concurso. A razão que impede esse raciocínio se encontra na própria estipulação de um prazo de validade para o certame.

Ora, sabe-se que a determinação do período de tempo do prazo de validade é discricionária (dentro dos dois anos), em virtude de se conceder ao administrador a prerrogativa de analisar a situação administrativa do ente que comanda e poder organizar da melhor forma possível o cronograma de provimento dos cargos que irão satisfazer a necessidade existente. Caso contrário, não se poderia existir prazo de validade nos concursos públicos, já que a necessidade demandaria imediata nomeação dos aprovados.

É, portanto, possível conciliar a necessidade de provimento das vagas com a discricionariedade concedida para o momento de sua ocorrência, até porque, no âmbito do que discutido, a previsão de vagas demonstrará a necessidade, e a discricionariedade indicará apenas em que momento ela (a necessidade) *deverá* ser satisfeita. Em outras palavras, o prazo de validade é o período de tempo que a Administração considera necessário para, *efetivamente*, atender aos reclamos de seu quadro de pessoal, e a estipulação de vagas é a garantia para o atendimento desses reclamos.

4.3 OCORRÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO DO PROVIMENTO DE CARGOS

Resta nitidamente demonstrada a concepção de que a oferta de vagas no edital de concurso público indica a necessidade de contratação, o que faz vincular a Administração à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas.

Não obstante o acerto da tese mencionada acima, seria um contra-senso tê-la como um direito absoluto dos candidatos aprovados, não devendo ser-lhes conferido os cargos obtidos com a aprovação sob o peso de quaisquer circunstâncias, até porque um dos fundamentos da dita vinculação da Administração é a presunção de legitimidade dos atos administrativos, que cede ante prova em contrário.

Diante disso, admite-se a possibilidade de que determinadas hipóteses possam sinalizar a não realização do provimento dos cargos que foram veiculados no edital. Porém, essas hipóteses deverão apontar para um fato imbuído de três características: a superveniência à realização do concurso, a imprevisibilidade de sua ocorrência e o distúrbio financeiro provocado.

É até lógico que o fato impeditivo da nomeação deva ocorrer após o encerramento do concurso, uma vez que, ocorrido antes, ter-se-ia a situação de suspensão do mesmo. Ora, se o fato é prévio à realização do processo seletivo, as normas de boa administração aconselham a sua suspensão, ou, se for o caso, o próprio cancelamento - com o devido reembolso das taxas de inscrição já pagas pelos candidatos -, já que a continuidade do procedimento poderá render gastos inúteis.

Confirmando a idéia acima, as precisas palavras de Maia e Queiroz:

Contudo, pode haver mudança de direção da posição anteriormente adotada pela Administração, pautada sempre por interesse público *superveniente* e objetivamente determinante dessa mudança de postura, caso em que legítimo será o escoamento do prazo de validade do concurso sem o respectivo provimento dos cargos, uma vez que o anterior interesse em ocupá-los desapareceu.²⁰ (grifo nosso)

No que tange à marca da imprevisibilidade, tem de ficar claramente

²⁰ Op. cit., p. 228.

comprovado que as autoridades administrativas não tinham como antever o acontecimento dos eventos que importarão na impossibilidade de nomeação dos aprovados. Em uma linguagem mais rasteira, é preciso que os fatos peguem a Administração de surpresa.

Assim, fácil é perceber que apenas situações extraordinárias se encaixarão nos termos expostos. A tradicional justificativa de ausência de previsão orçamentária não mais poderá ser utilizada, porque, diante do raciocínio até aqui elaborado, se o concurso é feito para preencher uma necessidade de pessoal, não há como realizá-lo se inexistente dotação orçamentária para remunerar esse mesmo pessoal de que tanto precisa a Administração. A renitência em assim proceder revela a irresponsabilidade do administrador, descuidado com o bom andamento administrativo de sua gestão.

No caso acima, abrir concurso público com oferta de vagas, mas sem numerários para efetivar o provimento dos cargos, retira qualquer marca de imprevisibilidade. Já se sabia que não haveria dinheiro suficiente.

A terceira característica diz respeito aos problemas financeiros ocasionados pela ocorrência de um fato superveniente e imprevisível. É imprescindível que o referido fato venha a trazer reais impactos no orçamento financeiro do ente responsável pela contratação dos aprovados no concurso. Exige-se, assim, uma justificativa deveras bem fundamentada para que se legitime a impossibilidade (jurídica, administrativa, financeira, etc.) de concluir as nomeações estipuladas nas disposições editalícias. Em outras palavras, não basta uma menção abstrata do problema, mas sim dos efeitos concretos deste.

Por fim, cumpre assinalar dois pontos esclarecedores.

O primeiro é o de que as características do fato impeditivo de nomeação são cumulativas, ou seja, é preciso que o citado fato seja, simultaneamente, superveniente à realização do concurso, imprevisível e causador de reais distúrbios financeiros.

O segundo ponto diz respeito ao momento em que a Administração deverá se pronunciar sobre o empecilho de cumprir o que previu no edital quanto às nomeações. É natural que tal momento se dê apenas quando do encerramento do prazo de validade do certame público – ou de sua prorrogação. E a razão para tanto se funda no fato de ser discricionária, dentro do prazo de validade e sua eventual prorrogação, a atribuição do administrador para realizar as nomeações.

O direito subjetivo do candidato aprovado se ergue tão-somente ao final do prazo mencionado supra sem que tenha sido realizada contratação, já que assim a Administração, a princípio, desobedeceu a determinação do edital e deixou implícita a conclusão de que o cargo não era necessário. É nessa ocasião que a autoridade administrativa precisa *justificar fundamentadamente* o fato que a impediu de preencher os cargos vagos.²¹

Lembre-se de que a não prorrogação do prazo de validade, tendo já sido preenchidas as necessidades previstas no edital, prescinde de qualquer motivação por parte da Administração, dando-se o contrário caso, nas circunstâncias apontadas, houver determinação para a prorrogação.

4.4. RECENTE JURISPRUDÊNCIA ACOLHEDORA DO DIREITO À NOMEAÇÃO

Decisões proferidas nos últimos anos por nossos tribunais superiores têm começado a infirmar a tese clássica da mera expectativa de direito, passando a reconhecer o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas pelo edital.

O pioneirismo adveio do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstram os acórdãos abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO.

Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso.

Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF.

²¹ Quanto à necessidade de motivar a decisão de não prover cargos previstos no edital, Maia e Queiroz vaticinam: “Nesses casos, deve o administrador motivar expressamente seu ato, demonstrando claramente a superveniência dos fatores que culminaram na troca de rumo da Administração para o atendimento do novo interesse público.” (Op. cit, p. 228).

Recurso provido.”²²

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO - OMISSÃO QUANTO À NOMEAÇÃO DO SERVIDOR CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DECADÊNCIA DO WRIT NÃO OPERADA ENQUANTO VIGENTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO - RECURSO PROVIDO.

1. Enquanto vigente o prazo de validade do concurso público, não se opera a decadência para impetrar mandado de segurança, contra ato omissivo de autoridade pública que não nomeia servidor classificado dentro das vagas previstas em edital.

2. Desde que aprovado dentro do número de vagas veiculadas em edital, o candidato em concurso público possui direito subjetivo à investidura no cargo. Precedentes desta Corte.

3. Recurso provido.”²³

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO – CONCURSO APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.

2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes.

²² STJ, 5ª T, RMS nº 15.034/RS, Min. Félix Fischer, ac. de 19.02.2004, DJ de 29.03.2004

²³ STJ, 6ª T, RMS nº 15.945/MG, Min. Paulo Medina, ac. de 02.02.2006, DJ de 20.02.2006.

3. Recurso ordinário provido.²⁴

Neste último aresto, existem alguns trechos do voto do Min. Rel. Paulo Medina que sustentam o que já esposado no presente texto.

No tocante à presunção de legitimidade pertinente à necessidade de pessoal com a oferta de vagas no edital, diz o ministro:

O acórdão recorrido fundamentou-se no sentido de que a posse e nomeação de candidato em cargo público parte da premissa da necessidade da Administração.

Trata-se de uma premissa, até o momento em que a Administração não torna expressa essa necessidade, veiculando, em edital, a oferta de certo número de vagas para determinado cargo.

A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover 98 (noventa e oito) vagas de Oficial de Justiça, o que seria, a princípio, um ato discricionário, torna-se um ato vinculado para o poder público, ensejando, em contrapartida, direito subjetivo à nomeação e à posse, para os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas no edital.²⁵

Em relação à característica da imprevisibilidade que impede a realização de nomeação:

No que concerne à alegação do Recorrido da ausência de disponibilidade financeira para prover a Recorrente no cargo, esta relaciona-se, como o próprio reconhece, à questão da governabilidade e governabilidade pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos.²⁶

Em outro julgado do qual foi relator, o mesmo ministro arrazoa no ponto atinente à infração dos princípios da legalidade e da moralidade:

Assim, tem entendido a Jurisprudência desta Corte que, embora a aprovação em concurso público gere mera expectativa de direito

²⁴ STJ, 6ª T, RMS nº 20.718/SP, Min. Paulo Medina, ac. de 04.12.2007, DJ de 03.03.2008.

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ Idem, ibidem.

à nomeação em cargos e empregos públicos, se a Administração Pública veicula número certo e definido de vagas, está adstrita a provê-las, por obediência aos princípios da legalidade, que pressupõe a vinculação ao edital, e da moralidade administrativa²⁷.

Já o Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, decidiu também no sentido de conferir o direito à nomeação aos que são aprovados dentro das vagas. Eis o resumo da decisão, disponibilizado no Informativo de Jurisprudência nº 520 do Pretório Excelso:

Por vislumbrar direito subjetivo à nomeação dentro do número de vagas, a Turma, em votação majoritária, desproveu recurso extraordinário em que se discutia a existência ou não de direito adquirido à nomeação de candidatos habilitados em concurso público — v. Informativo 510. Entendeu-se que, se o Estado anuncia em edital de concurso público a existência de vagas, ele se obriga ao seu provimento, se houver candidato aprovado. Em voto de desempate, o Min. Carlos Britto observou que, no caso, o Presidente do TRF da 2ª Região deixara escoar o prazo de validade do certame, embora patente a necessidade de nomeação de aprovados, haja vista que, passados 15 dias de tal prazo, fora aberto concurso interno destinado à ocupação dessas vagas, por ascensão funcional.²⁸

Ainda, na esfera da Corte Constitucional, o tema em apreço teve reconhecida a sua repercussão geral, restando no aguardo para a decisão final a seu respeito. Eis a justificativa arrolada pelo Min. Menezes Direito:

Considero que a matéria constitucional presente nestes autos extrapola o interesse subjetivo das partes, na medida em que se discute a limitação do poder discricionário da Administração Pública em favor do direito de nomeação dos candidatos que lograram aprovação em concursos públicos e que estão classificados até o limite de vagas anunciadas no edital que regulamenta o certame. A questão possui repercussão, notadamente, no aspecto social ao atingir diretamente o interesse de relevante parcela da população que

²⁷ STJ, 6ª T, RMS nº 19.216/RO, Min. Paulo Medina

²⁸ SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo520htm>>. Acesso em 28 set. 2008.

participa dos processos seletivos para ingressar no serviço público. Afeta, também, a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal que, a partir da decisão emanada por esta Suprema Corte, poderá elaborar e realizar os concursos públicos ciente da extensão das obrigações que possui em relação aos candidatos aprovados e incluídos no rol das vagas ofertadas no processo seletivo. Assim, considero presente a repercussão geral.²⁹

4.5 DIREITO À NOMEAÇÃO A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar Federal nº 101/00, cujo conteúdo estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, surgiu com o objetivo de tornar legal algo que para as regras de boa administração e o bom senso é óbvio: a autoridade administrativa não pode gastar mais do que arrecadar.

A relação desta lei financeira com o direito à nomeação tem a ver com o que preceitua o seu art. 21, parágrafo único:

Art. 21. *Omissis*

.....
Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa de pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

Esta norma jurídica resolveu dois problemas de uma só vez. Diretamente, ela protege as finanças públicas não só ao evitar que o gestor público atual, por estar em fim de mandato (e no caso de perda da eleição, ele mesmo ou o seu candidato), faça gastos excessivos na contratação de servidores, como também protege a gestão seguinte, que poderia ficar vinculada àqueles gastos excessivos, se fossem realizados.

Indiretamente, foi o bom andamento das eleições preservado, porque nos cento e oitenta dias do último ano de mandato sempre estará contido o período da campanha eleitoral. Assim, a vedação de nomeação impede a autoridade administrativa de usar as nomeações como moeda de troca por votos.

²⁹ STF, Pleno, RE 598099, Rel. Min. Menezes de Direito, ac. 23.04.2009.

O que nos interessa, porém, na análise dessa norma é o fato de que ela pode vir a frustrar o direito à nomeação de um candidato aprovado. É possível que, coincidentemente (ou não), o prazo de validade de um concurso, ou até a sua prorrogação, venha a ter cabo durante esses últimos 180 dias de mandato, sem que todos os cargos previstos no edital tenham sido providos e, dessa forma, as nomeações restantes fiquem inviabilizadas, já que o administrador público poderia alegar infração à lei financeira em resposta a uma eventual providência judicial por parte dos candidatos.

Entretanto, uma interpretação teleológica do parágrafo único do art. 21 junto com a exegese do sistema da Lei de Responsabilidade Fiscal (doravante LRF), caso proposta a devida ação judicial pelo candidato prejudicado, vem ao socorro do direito deste.

Do ponto de vista teleológico, já se viu o que busca o conteúdo do parágrafo único do art. 21: o resguardo das finanças públicas e da administração seguinte à atual. Todavia, encerrado o prazo de validade do certame com cargos vagos não providos e ajuizada ação por candidato que deveria ter sido nomeado, a decisão judicial que determina à autoridade administrativa que nomeie o respectivo candidato eximirá aquela de desobediência aos termos da lei financeira.

In casu, a nomeação realizada pela Administração terá fulcro em uma decisão judicial, que, por sua vez, estará reconhecendo um direito dos candidatos aprovados. Logo, os desígnios da LRF serão observados.

Completa-se esse raciocínio com uma interpretação sistemática de outro dispositivo da LRF. Trata-se do § 1º do art. 19, que estabelece exceções aos limites de gastos com pessoal dos entes políticos, sendo uma delas a despesa decorrente de decisão judicial (o inciso IV). O STJ já confirmou a força dessa exceção em caso de reintegração de servidores:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL
- INTERVENÇÃO DO MP - NÃO OBRIGATORIEDADE -
REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORES - CONTRAPRESTAÇÃO
EM SERVIÇOS - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL -
NÃO CONFIGURAÇÃO DA LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA

1. É faculdade do Presidente do Tribunal oportunizar a intervenção do Ministério Público no pedido de Suspensão de Segurança;

2. A via de Suspensão de Segurança não se presta ao conhecimento de razões de mérito do Mandado de Segurança;
3. Em compensação à reintegração dos servidores, há a contraprestação do efetivo serviço por eles prestados. Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00, art. 19, § 1º, IV) excetua a restrição com gastos com pessoal quando há decisão judicial. Não há que falar, pois, em lesão à economia pública;
4. Não trouxe o Município elementos que permitam avaliar a possível influência dos agravados na condução do processo administrativo instaurado para apurar alegadas irregularidades em concurso público.
5. Agravo Regimental não provido.³⁰ Grifo nosso

Ora, se a lei financeira legitima gastos com pessoal excedentes aos limites por ela mesma estabelecidos, desde que fundados em decisão judicial, não fere as normas de gestão fiscal a nomeação feita pelo administrador, ainda que dentro dos últimos 180 dias de mandato, também provocada por decisão do Judiciário, até porque, nesta última situação, não necessariamente haverá extrapolação aos limites previstos pela lei.

Portanto, no caso em estudo, o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 21 não poderá prosperar enquanto alegação da Administração para não nomear e não servir de impedimento a que a justiça determina àquela entidade que preencha os cargos que reputou necessários no edital, principalmente quando esta providência não ultrapasse os limites consagrados no art. 19 da LRF, já que há um direito subjetivo sendo albergado.

4.6. INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

A ação de mandado de segurança é a via processual indicada para que seja requerido, jurisdicionalmente, o provimento do cargo a que tem direito o candidato aprovado dentro das vagas.

³⁰ STJ, CE, AgRg na SS Nº 1231/SC, Min. Edson Vidigal, ac. 25.10.2004, DJ 22.11.2004

Sabe-se que o mandado de segurança tem previsão constitucional no título em que a Carta Política prevê os direitos e garantias fundamentais. Também é sabido que, não obstante o texto da Lei Maior destine o dito *writ* para a proteção de *direito* líquido e certo, a doutrina sempre tem buscado demonstrar que os fatos é que devem configurar liquidez e certeza, conforme observa Lenza:

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que devem ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.³¹ Grifo do autor

Assim sendo, já na proposição da ação, as provas que a sustentarão precisam estar completas, definidas, totalmente capazes de formular um juízo de subsunção com a norma jurídica respectiva, dispensando um momento posterior de produção de provas.

No caso em tela, exige-se dos impetrantes que acostem à petição inicial do *mandamus* determinados atos do procedimento administrativo atinente ao certame público, a fim de que se possa aferir a liquidez e a certeza do quadro fático apresentado.

Em termos práticos, os atos mencionados supra consistem nos editais que indicam a abertura do concurso (com oferta de vagas), o resultado definitivo e a sua homologação (com a listagem de aprovados), os atos de nomeação dos aprovados à frente do impetrante (se houver), o ato de renovação do prazo de validade (caso prorrogado) e o que declara o final deste prazo (se realizado), sem que tenha havido todas as nomeações previstas.

De posse dessa documentação (cópias do jornal oficial), basta estabelecer a ordem cronológica dos fatos, que resultaram na não nomeação do candidato. A fundamentação jurídica é aquela exposta no tópico 4.1.

A Administração, em sua resposta, apenas poderá alegar irregularidades formais pertinentes à documentação apresentada pelo impetrante ou fundamentar a ocorrência de fato superveniente, imprevisível e causador de desordem administrativa, que inviabilizou as nomeações previstas.

A autoridade coatora é aquela responsável pela realização da nomeação

³¹ Op. Cit. p. 578.

e o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança corre a partir do primeiro dias após o encerramento do prazo de validade ou de sua prorrogação, uma vez que Administração estará omissa em praticar um ato que a ordem jurídica lhe impele.

5. CONCLUSÕES

Ante o que desenvolvido até aqui, é possível serem feitas as seguintes conclusões:

- 1) o objetivo da deflagração de um concurso público é satisfazer a necessidade de pessoal da Administração;
- 2) com base na presunção de legitimidade dos atos administrativos, a previsão de vagas no edital demonstra a carência de servidores, quantificando-a;
- 3) o candidato aprovado dentro das vagas oferecidas no edital tem direito subjetivo à nomeação, pois, pela presunção de legitimidade e pelo princípio da legalidade, a Administração está vinculada às vagas que veiculou no edital;
- 4) o princípio da moralidade também serve à fundamentação jurídica do direito à nomeação do aprovado, porque o escoamento do prazo de validade do concurso sem o provimento de cargo vago significa que o mesmo não era necessário, incrustando uma falsa idéia aos que concorreram ao posto e obtiveram a aprovação;
- 5) o administrador público detém discricionariedade apenas para decidir o momento da nomeação;
- 6) a ocorrência de fato superveniente, imprevisível e causador de real impacto negativo na atividade administrativa pode impedir as nomeações, desde que devidamente fundamentado;
- 7) não são incompatíveis a nomeação de aprovado pela autoridade administrativa após ordem judicial e a proibição de nomeação da Lei de Responsabilidade Fiscal prevista no seu parágrafo único do art. 21;
- 8) a ação de mandado de segurança é a via processual adequada para se pugnar judicialmente a nomeação do candidato aprovado dentro das vagas.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso Público e o Seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

A LEI MARIA DA PENHA E A AÇÃO PENAL NO CASO DE LESÃO CORPORAL LEVE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER

Rafael Cavalcanti Lemos

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco
Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE
Mestrando em Direito pela Universidade de Londres

Membro da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e do grupo de juristas intitulado Luta pela Justiça (<http://www.luta.pelajustica.nom.br/>)

RESUMO: O artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais dispõe que a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves depende de representação. O artigo 41 da Lei Maria da Penha vedou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes de violência doméstica ou familiar, quando praticados contra mulher. Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da manutenção da representação como condição de procedibilidade para os crimes de lesão corporal leve ocorridos em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Uma aplicação androcêntrica do artigo 41 da Lei Maria da Penha, tomando por condicionada à representação a ação penal pública, termina por frustrar o cumprimento de tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Abordagem Legislativa da ação penal. 3. Ação Penal Pública condicionada à representação. 4. Lesão Corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher e direito de representação. 5. Considerações Conclusivas: a violência doméstica ou familiar contra a mulher como um problema de direito humano feminino internacional. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal, no *caput* do seu artigo 129, comina pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a quem ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

A supramencionada ofensa é dita leve em contraposição àquelas previstas nos parágrafos 1o. (primeiro) e 2o. (segundo) do indigitado artigo, chamadas, respectivamente, de grave e gravíssima:

sob a mesma rubrica, o legislador tipificou dois modelos distintos de lesão corporal: a grave e a gravíssima. Enquanto no § 1o. encontram-se os casos de lesão corporal grave, no § 2o. estão os casos de lesão corporal gravíssima. A diferença entre ambas as denominações emerge cristalina a partir da análise da pena cominada: reclusão de 1 a 5 anos para a hipótese grave e reclusão de 2 a 8 anos para a gravíssima. Assim, a lesão corporal grave (ou mesmo a gravíssima) é uma ofensa à integridade física ou à saúde da pessoa humana, considerada muito mais séria e importante do que a lesão simples ou leve. (NUCCI, 2006a, p. 561).

Se a lesão corporal leve for praticada em situação de violência doméstica ou familiar, a pena é de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção, consoante o parágrafo 9o. do artigo 129 do Código Penal, acrescentado pela Lei 10.886/2004 e modificado pela Lei 11.340/2006 no que diz respeito ao *quantum* repressor.

Dispôs, por seu turno, a Lei 9.099/1995, no artigo 88, batizada dos Juizados Especiais, que a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves depende de representação.

A Lei Maria da Penha, contudo, já referida no presente texto sob o número 11.340/2006, vedou, por meio do artigo 41, a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes de violência doméstica ou familiar, quando praticados contra mulher.

Este artigo visa justo discutir os efeitos da Lei 11.340/2006 sobre a ação penal no caso de lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Para isso, servir-se-á da jurisprudência pátria e da doutrina jurídica nacional e estrangeira.

2. ABORDAGEM LEGISLATIVA DA AÇÃO PENAL

A ação penal é tratada no Título VII da Parte Geral do Código Penal e no Título III do Livro I do Código de Processo Penal.

ZAFFARONI e PIERANGELI (2002, p.769) entendem que

Muito discutível é a legitimidade de disposições de preceitos relativos à ação penal no âmbito do Código Penal, posto que o tema pertence ao processo penal e não ao direito penal, e, não obstante isso, muitos códigos recentes mantêm tais disposições no seu contexto. É que o poder-dever de punir estatal só se realiza pelo exercício do *jus perseguendi*, ou, por outras palavras, é através da ação penal que movimenta os órgãos jurisdicionais do Estado, que a ameaça abstrata contida no preceito sancionador da norma penal incriminadora pode se concretizar.

A despeito da crítica transcrita acima, certo é que existe íntima relação entre a ação penal e a extinção da punibilidade, razão certa pela qual o legislador entendeu por bem tratar do primeiro instituto (ação penal) outrossim no código dedicado ao direito material.

3. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

Toda ação penal é pública, salvo expressa ressalva legal (artigo 100, *caput*, do Código Penal), e a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido (artigos 129, inciso I, da Constituição da República e 100, § 1o., do Código Penal):

A regra geral é a da competência do Ministério Público para, oferecendo denúncia, movimentar a ação criminal que apurar-se é de aplicar-se pena ao infrator da lei penal. (...) Há mesmo sistemas legislativos de que o francês se apresenta como o tipo clássico, nos quais impera o princípio de competir, somente, à justiça pública a promoção da ação para aplicação das penas; ao ofendido só se reconhece a ação civil, para reparação do dano. (...) Não seguiu o Código Penal vigente a orientação do de 1890, cujo

art. 407, § 2o., enumerara as exceções ao princípio geral da ação penal “por denúncia do Ministério Público, em todos os crimes e contravenções”; exceções essas modificadas, com ampliações, em geral, pela legislação esparsa posterior, como documenta o art. 407, § 3o., da Consolidação das Leis Penais, organizada por Vicente Piragibe. Em relação a cada crime, cuja perseguição não pode ser feita, quando existente, em ação iniciada por denúncia, ou quando a denúncia fica subordinada a condições e formalidades, é que o estatuto de 1940 focaliza a proibição ou a exigência especial. (ESPÍNOLA FILHO, 2000, pp. 372 e 375).

A representação do ofendido, portanto, quando exigida, é uma condição (ou limite – FERRI, 1998, p. 149, n. 37) de procedibilidade da ação penal pública:

representa apenas e tão-somente uma condição de procedibilidade, representando uma *delatio criminis* postulatória, pois, com ela, não só se faz a comunicação da prática de um crime e de sua autoria, mas também se reclama que se instaure a *persecutio criminis*. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 770).

Não uma condição para a punibilidade, como a conceitua FRAGOSO (1990, p. 148):

Estão, no caso, reunidas as características gerais de um crime: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Em certos casos excepcionais, a existência do crime, além das características gerais que indicamos, exige mais que ocorra *condição objetiva de punibilidade*. Entende-se por condição objetiva de punibilidade a condição exterior ao modelo legal de conduta punível (tipo), de que depende a ilicitude penal do fato (cf. no. 206, *infra*). É o caso, por exemplo, dos crimes falimentares, que dependem sempre da sentença declaratória de falência, que é condição objetiva de punibilidade. Como logo se percebe, nos casos em que a lei prevê condição objetiva de punibilidade, ela constitui pressuposto da pena, e, portanto, característica ou requisito do fato punível.

O mesmo é defendido por MARQUES (2000, p. 385), para quem, em face de a decadência do direito de representação ter sido prevista como causa de extinção da punibilidade no artigo 107, inciso IV, do Código

Penal, o direito de o Estado punir não pode logicamente extinguir-se sem que tenha existido.

A ideia da punibilidade, *obiter dictum*, é essencial à conceituação do crime, pois este não existe sem que uma pena lhe seja cominada (GARCIA, 1977, p. 197).

Para BRUNO (1984, pp.196-7), porém, apenas a anistia, por ficção jurídica, e a inovação de lei discriminante fazem desaparecer de um fato o caráter de ação típica necessário para sua definição como crime, porquanto a pena não pode ser tomada por momento constitutivo do atuar criminoso, podendo-se ver nela somente a sua consequência de direito específica, um dado posterior à existência do crime e que exige, para manifestar-se, que este se tenha constituído por inteiro.

De qualquer modo e fechado o parêntese acima, a vantagem da representação residiria em que,

enquanto resguarda o interesse privado, permite que, uma vez satisfeita a condição de procedibilidade, por ser pública, apresente-se como mais idônea para se efetivar o processo de repressão ao crime. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 771).

Como leciona ESPÍNOLA FILHO (2000, p. 373),

há, muita vez, a ponderar que, pela natureza da infração e pelos seus resultados, afetando, dum lado, interesses sociais, e, do outro, da forma mais imediata, os da vítima, a ação punitiva deve, como acentuou tão proficientemente Carrara (*Programma del corso di diritto criminale*, 11a. ed. vol 1o., §§ 548 e 549), atender mais ao amor da paz, ou ao decoro e conveniência do ofendido do que ao menor interesse social da repressão, que cumpre fazer ceder à perspectiva de uma publicidade considerada perigosa pelo mais direto interessado.

4. LESÃO CORPORAL LEVE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER E DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Vozes respeitáveis, apesar do comando inserto no artigo 41 da Lei Maria da Penha, levantaram-se pela manutenção da representação como condição de procedibilidade para os crimes de lesão corporal leve

ocorridos em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, como as Câmaras Criminais Primeira e Segunda do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE. AUDIÊNCIA ESPECIAL. RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. APLICABILIDADE DO ART. 16 DA LEI 11.340/2006. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INCONSISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o art. 41 da Lei 11.340 não veda apenas a aplicabilidade parcial da Lei 9.099/1995, mas sim a totalidade desta.

2. Também **não é previsto na Lei 11.340 que a ação penal de lesão corporal de natureza leve cometida contra a mulher, no âmbito familiar, deva ser pública incondicionada.**

3. Os fundamentos expendidos pelo magistrado singular têm amparo legal e estão revestidos de discernimento e sensatez.

4. Recurso não provido. Decisão unânime.

(Recurso em Sentido Estrito nº 0159179-3, 1ª Câmara Criminal do TJPE, Rel. Roberto Ferreira Lins. j. 20.12.2007, unânime, DOE 11.01.2008).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 129, § 9º DO CP). PRISÃO EM FLAGRANTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ARBITRAMENTO DA FIANÇA PELO JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR DEFERIDA. ORDEM CONCEDIDA PARA CONFIRMAR A DECISÃO LIMINAR.

1. In casu, o paciente encontra-se preso pela prática do delito tipificado no **art. 129, § 9º do CP**, que, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, passou a ter como pena a detenção, de 03 (três) meses a 03 (três) anos, o que permite a fixação da liberdade provisória com fiança, que inclusive já havia sido arbitrada pela autoridade policial.

2. Ante a **renúncia expressa da vítima ao direito de representação**, estando o feito no aguardo da designação da audiência estabelecida pelo art. 16 da Lei 11.340/2006 para ser extinto sem punição do paciente, ou, na pior das hipóteses,

havendo a continuidade do processo, por se tratar de delito cuja pena máxima cominada é de 03 (três) anos de reclusão, afigura-se possível, em tese, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito no momento da condenação, não sendo razoável, portanto, a restrição da liberdade do paciente, pois, como se sabe, na presente ordem jurídica a prisão cautelar é medida excepcional.

3. Ordem concedida para confirmar a decisão liminar. Decisão por unanimidade.

(Habeas Corpus nº 0161878-2, 2ª Câmara Criminal do TJPE, Rel. Mauro Alencar de Barros. j. 20.12.2007, unânime, DOE 10.01.2008).

Para quem assim pensa, a Lei Maria da Penha não teria visado acabar com o direito de representação da ofendida por lesão corporal leve porque

as chances de um acerto do conflito entre as partes são muito maiores se a vítima tiver a faculdade de fazer uso, como instrumento de negociação, do direito de livrar o agressor do processo criminal. [...] Esse “empoderamento” da vítima restabelece o equilíbrio da relação. Assim, a mulher dispõe da possibilidade de dar prosseguimento ou não à ação penal, além de poder levar o agressor a concordar com a separação nos termos por ela propostos, rompendo-se o ciclo de violência. [...] Não há como pretender que prossiga a ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilha de bens e guarda de filhos e visitas. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito das Famílias, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas através das quais as mulheres podem exercer poder na relação com os companheiros. (DIAS, 2007, pp. 120 e 123-4).

Segundo DIAS (2007, pp. 124-5), ainda duas outras questões relevantes devem ser levadas em conta para a interpretação de que a lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher é de ação penal pública condicionada à representação: (A) o estímulo que a ausência dessa condição de procedibilidade traria ao silêncio da ofendida,

a qual deixaria de comunicar à autoridade a agressão para que o ofensor não viesse a ser inexoravelmente processado, e (B) a previsão expressa de representação constante do artigo 30 do projeto de lei (numerado 4.559/2004) que deu origem à Lei Maria da Penha, artigo que findou por ser, de roldão, suprimido no Senado tão-só por haver feito parte do rejeitado conjunto de normas minudentemente disciplinadoras do procedimento policial e do processo judicial pertinentes à violência doméstica ou familiar contra a mulher.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, em 12 de agosto de 2008, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 96.992/DF, decidiu, rebatendo os argumentos acima, que o crime de lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher é de ação penal pública incondicionada¹.

O Ministro Paulo Gallotti destacou em seu Voto-vista que:

seja pela exacerbação da pena prevista para o crime de lesão corporal qualificada, seja pela expressa menção à inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995, sem qualquer restrição, penso que esse delito, praticado contra mulher no âmbito familiar, voltou a ser processado mediante ação penal pública incondicionada. É de ação penal pública condicionada à representação, dentre as lesões corporais, apenas a lesão corporal leve simples, vale dizer, sem a qualificadora do § 9º. (...) E sob um enfoque sociológico, é inegável reconhecer que grande parte das mulheres vítimas de violência doméstica, especialmente aquelas de classes econômicas menos favorecidas, quando levam seus casos ao conhecimento das chamadas “autoridades”, acabam por ser coagidas a se retratar, sofrendo intimidação de todos os tipos por parte dos infratores, inclusive físicas, morais, psicológicas, financeiras etc. (...) O argumento de que não se deve retirar da mulher o poder

¹ Posição, contudo, abandonada alguns meses depois: “A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, mudando o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Considerou que, se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada. Ademais, a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais. HC 113.608-MG, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 5/3/2009.” (Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça n. 385, período de 2 a 6 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?livre=@cod=0385>. Acesso em: 21 de abril de 2009.).

de decisão sobre a situação de violência em sua família, com todo o respeito aos que pensam de modo diverso, termina por não solucionar o grave problema, mantendo a possibilidade de serem vítimas de inaceitável coação na busca de impunidade, circunstância que acaba por estimular a reiteração criminosa. (...) o agressor deve estar consciente de que responderá a um processo criminal e será punido se reconhecida sua culpabilidade. Embora haja expressa vedação legal à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/1995, a condenação não implicará necessariamente em privação da liberdade, dada a possibilidade de ser o agente beneficiado com a substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos, com exceção das que possuam exclusivo conteúdo econômico, ou com a suspensão condicional da pena, a teor dos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Também em Voto-vista, já havia dito o Ministro Hamilton Carvalhido:

A questão é a da natureza da ação penal nos crimes de lesões corporais leves ou culposas, praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (...) Relativamente ao crime de lesão corporal, especialmente dela tratam os artigos 7º, inciso I, como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, e 44, para aumentar a pena do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, de 1 (um) para 3 (três) anos de detenção, ambos da Lei nº 11.340/06 (...). A vigência da lei de criminalização derivada, que criou a forma qualificada do crime de lesão corporal leve, inserta no parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, número 10.886/04, tanto quanto a Lei nº 11.340/06, são de vigência posterior à lei que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e deu outras providências, entre as quais fazer da ação penal pública condicionada os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa. Não há, assim, falar em representação como condição da ação penal relativa ao crime de lesão corporal leve qualificada, por estranha forma qualificada do delito ao suporte fático do artigo 88 da Lei nº 9.099/95 (...). É caso, pois, de ação penal pública incondicionada o do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, forma de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Outra não é a posição de NUCCI (2006b, p. 884), para quem se pode mesmo compreender o artigo 41 da Lei Maria da Pena como uma amplificação do artigo 17 desse diploma legal:

Embora severa, a disposição do art. 41 em comento, é constitucional. Em primeiro plano, porque o art. 98, I, da Constituição Federal, delegou à lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite a transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia e não da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, em nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador. Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei 11.340/2006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a “pena de cesta básica”, além de outros benefícios (art. 17 desta Lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95.

De fato, a Lei 11.340/2006 não enxerga a violência doméstica ou familiar contra a mulher como infração de menor potencial ofensivo, de maneira que, numa resposta forte porém constitucionalmente isonômica, o legislador achou oportuno e adequado afastar integralmente a aplicação, a situações daquela natureza, de uma lei voltada para delitos normativamente considerados menores, a 9.099/1995.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER COMO UM PROBLEMA DE DIREITO HUMANO FEMININO INTERNACIONAL.

A violência doméstica ou familiar contra a mulher é um problema de direito humano feminino internacional.

Direito humano *feminino* porque a vítima de violência doméstica ou familiar *mulher* passa por constrangimentos sem equivalência com os sofridos por vítimas doutro gênero, uma vez que recebe a carga de uma violência sistêmica e estrutural consistente num mecanismo de controle

patriarcal das mulheres nascido da ideia da superioridade masculina sobre a inferioridade feminina, do desempenho de papéis e do cumprimento de expectativas estereotipados, bem como da predominância econômica, social e política do homem em contraste com a dependência da mulher (COOK, 1994, p. 20).

As regras de processo, em situações assim, são tão significativas quanto aquelas de direito substantivo penal (CHARLESWORTH; CHINKIN, 2000, p. 324).

É por sua própria Constituição (artigos 5o., I e § 2o., e 226, § 8o.) que o Estado brasileiro está obrigado a criar instrumentos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares, promovendo a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, mormente quando aqueles (instrumentos) têm fulcro nos tratados internacionais em que é parte e, sempre que não a contrariem mas a confirmem, a despeito de que (os tratados) não sejam considerados emenda à Constituição (artigo 5o., § 3o.).

Uma aplicação androcêntrica do artigo 41 da Lei Maria da Penha, tomando por condicionada à representação a ação penal pública no caso de lesão corporal leve em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, termina por frustrar o cumprimento de tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, nomeadamente (na ementa e no artigo 1o. da Lei 11.340/2006) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (de sigla inglesa CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também chamada de Convenção de Belém do Pará).

6. BIBLIOGRAFIA.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 3.

CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. *The boundaries of international law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000.

COOK, Rebecca J. Women's international human rights law: the way forward. In: COOK, Rebecca J. (org.). *Human rights of women*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: RT, 2007.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Atual. por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, v. I.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2a. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 1a. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4a. ed. 39a. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1977, v. I, t. I.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2a. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6a. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006a.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1a. ed. 2a. tir. São Paulo: RT, 2006b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4a. ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

DESCARTE DE PROCESSOS FINDOS: A Importância da Aplicação dos Preceitos do Capital Social como forma de difundir a relevância do Arquivo – um exercício de cidadania

Tânia Campinho dos Santos

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ
MBA em Administração Judiciária pela Faculdade Maurício de Nassau
Mestre em Gestão Pública, pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo mostrar a importância da utilização do capital social, buscando uma interação entre as instituições públicas que lidam com arquivos públicos. O intuito é sugerir uma aplicação de políticas públicas de interatividade para facilitar a organização do acervo, melhorar a manutenção dos fundos e disponibilizar o conteúdo destes arquivos, como forma de contribuir para a criação de uma fonte rica de informações, dados e culturas que possibilitem a formação do patrimônio histórico contido no Arquivo da Justiça Federal, conferindo o exercício da cidadania. Discorre sobre a importância dos documentos encontrados no acervo e as mudanças decorrentes da obrigatoriedade de implantação do descarte de autos findos pelo Conselho de Justiça Federal, proporcionando uma nova ótica de utilização dos documentos sob o ponto de vista de consulta e pesquisa.

SUMÁRIO: Resumo. Sumário. Introdução. Justificativa. Problema. Suposição. Pergunta. Objetivo. Capital Social. Bourdieu – Habitus, Agentes, Campo. Gestão Documental. Arquivo Judicial. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Conselho de Justiça Federal, preocupado com o excessivo acúmulo de documentos, preocupa-se com o armazenamento de autos findos.

Para tanto, instituiu uma política de eliminação de documentos, que se iniciou na atividade meio, com aplicação da Tabela de Temporalidade dos documentos administrativos passando, em 2004, para o descarte de processos judiciais arquivados.

Foram instituídas as Resoluções n^{os} 359/2004 e 393/2004, posteriormente revogadas pelas Resoluções n^{os} 06, de 07 de abril de 2008 e 23, de 19 de setembro do mesmo ano. Essas resoluções norteiam como a Justiça Federal pode selecionar processos findos para o descarte, através de um processo de análise dos documentos, elaboração de editais, picotagem do material não retirado pelas partes e posterior doação do papel triturado para instituições filantrópicas, no intuito de elastecer a função social da Justiça, aproximando-a do cidadão e como forma de contribuir para o desenvolvimento sustentável.

Faremos uma explanação da importância da utilização do capital social para aplicar a política de eliminação de autos, difundindo a relevância do Arquivo, com observância da necessidade de interação entre a Justiça Federal e outras instituições, com o fito de melhor desenvolver a política de descarte.

Nosso foco firmou-se em elaborar um cenário de como direcionar a gestão pública do Arquivo Judicial da Justiça Federal da Seção Judiciária em Pernambuco, objetivando preparar o ambiente como espaço de pesquisa, consulta, acesso da população e exercício da cidadania, numa proposta de modernização estrutural, no intuito de transformá-lo numa biblioteca pública, com o acesso para visitas pelos cidadãos.

JUSTIFICATIVA

Com o aumento desordenado do acervo do arquivo da Justiça Federal e com a falta de planejamento para o setor (ou de projetos acompanhando o volumoso crescimento), tornou-se imperiosa a organização do Arquivo, para controlar o ambiente e facilitar o acesso aos processos arquivados.

Os Arquivos institucionais tendem a se transformar em depósito de coisas inúteis, de pouca valia, desconhecendo-se, portanto, a variedade do material ali armazenado.

Sua importância social decorre do fato de, ao organizarmos o arquivo ele poderá se transformar numa excelente e rica fonte de consulta para a comunidade, diante da diversidade dos assuntos que dispomos no conteúdo dos feitos e diferente fonte de pesquisa para historiadores, sociólogos,

operadores do direito e interessados no tema.

Creemos que o tema Descarte de Autos Findos, não tem sido devidamente explorado nos trabalhos desenvolvidos e tentaremos acrescentar e difundir noções sobre o universo dos arquivos e processos findos. O tema até o momento não foi estudado dentro da organização pública Justiça Federal em Pernambuco. Pretendemos contribuir para a implantação de política pública de reestruturação do departamento arquivístico.

PROBLEMA

Crédulos na necessidade de implantação dessas políticas públicas e na riqueza do material encontrado no acervo dos processos judiciais arquivados, necessário se faz, primeiramente, organizar o Arquivo, implantando as Resoluções de Descarte de Autos Findos, selecionando o material repetitivo dos processos ali constantes, procedendo o descarte propriamente dito, para posterior divulgação do material e difusão da cultura da importância do Arquivo, como fonte ímpar de consulta e conhecimento, posto que abrange os argumentos de partes adversas, com a decisão final do magistrado.

A definição do problema então teria como foco principal a necessidade de aproveitar o material acumulado no Arquivo Judicial, como fonte de pesquisa e reflexo da história da sociedade moderna. Pretendemos demonstrar que a troca de experiências com outras instituições pode contribuir para a melhoria da implantação da política de eliminação de autos. Para tal, primeiramente, precisamos colocar em prática as Resoluções do Conselho da Justiça Federal que determinam o descarte de autos findos, com posterior organização e mapeamento do Arquivo Judicial, que passaria, então, a reter apenas as ações de guarda permanente, as consideradas não aptas ao descarte e os feitos aguardando prazo precaucional para eliminação.

1. SUPOSIÇÃO SUPOSIÇÃO

Acreditamos que o estudo da importância do acervo encontrado nos documentos que compõem os processos judiciais arquivados (autos findos)

podem servir como fonte de pesquisa, acrescentando mais uma opção de consulta para estudiosos dos assuntos tratados nos autos.

Precisamos selecionar os documentos e processos que possuem conteúdo significativo e relevante. Para tal, a implantação da política de descarte de autos findos servirá como forma de dar notoriedade ao acervo do arquivo, que passará a conter apenas processos cujo conteúdo se torne atrativo para consulta pela sociedade.

PERGUNTA

Como a utilização do capital social pode contribuir para a efetiva implantação do descarte de autos findos e a reestruturação do Arquivo, transformando-o num espaço rico para consulta, visita e pesquisa, onde encontraremos processos raros, instruídos com documentos originais e decisões dos magistrados, possibilitando o acesso de qualquer cidadão para conhecimento, leitura e manuseio de autos e difundindo a cultura organizacional?

OBJETIVO

Elaborar uma reflexão teórica sobre a importância da utilização do capital social na instituição no tocante ao processo de descarte de processos judiciais findos, através da cooperação entre as outras instituições, trocando experiências e informações sobre sua importância e utilidade no mundo moderno.

CAPITAL SOCIAL

O eixo deste artigo perpassa sobre a necessidade de difundir a cultura do acervo vivo, através da implantação de gestão de políticas públicas interativas de arquivos.

Inicialmente, discorremos sobre diferentes óticas de definição do conceito de capital social, mostrando a necessidade de troca de experiências e ajuda entre os arquivos públicos de diferentes administrações. Tentamos fazer um paralelo entre o capital social e a constatação de sua inaplicabilidade no Arquivo Judicial da Justiça Federal em Pernambuco.

Intencionamos abordar diferentes conceitos de capital social, sob óticas múltiplas e traçar uma consideração do quanto sua utilização nas práticas de trabalho dentro do Arquivo Judicial da Justiça Federal em Pernambuco poderiam minimizar custos, agilizar serviços e implantar mecanismos de troca e cooperação entre a Justiça Federal e outras instituições.

Primeiramente, o que é capital social?

Buscando agrupar alguns conceitos sobre a matéria, foram encontrados diversos autores discorrendo sobre o tema. Na tentativa de separá-los pelas variadas formas de analisar o capital social, fizemos as anotações que se seguem:

Segundo a definição de Lyda Hanifan¹, o capital social estaria diretamente ligado com camaradagem nas relações sociais, o que daria às redes sociais certo valor econômico.

... o conjunto dos elementos tangíveis que mais contam na vida cotidiana das pessoas, tais como a boa vontade, a camaradagem, a simpatia, as relações sociais entre indivíduos e a família. Parte da ideia de que as redes sociais podem ter valor econômico.

Sendo assim, o capital social representa a força na obtenção de resultados através da parceria e formação de grupos (redes), as quais, trabalhando conjuntamente, geram força e obtenção mais célere de resultados.

Percebemos que o Arquivo Judicial da Justiça Federal de Pernambuco vive em isolamento. Não interage com outras instituições, não troca informações, não pratica o benchmarking, não busca conhecer técnicas aplicadas em outros órgãos com o fito de trazer a experiência para melhorar a própria instituição.

Se analisarmos o capital social no conceito de Bourdieu, Augusto de Franco e Elisabete Ferrarezi, este seria uma estratégia de classe, através da qual haveria empoderamento daqueles que dispõem de uma informação de qualidade, através do estabelecimento de redes e troca mútua com outras instituições similares.

¹ **Milani, Carlos. Teorias do Capital Social e Desenvolvimento Local: lições a partir da experiência de Pintadas (Bahia, Brasil).** Projeto de pesquisa «Capital social, participação política e desenvolvimento local: atores da sociedade civil e políticas de desenvolvimento local na Bahia» (2002-2005), financiado pela FAPESB e desenvolvido na Escola de Administração da UFBA (NPGA/NEPOL/PDGS). Disponível em <http://www.adm.ufba.br/capitalsocial>. Acesso em 17/04/2007.

Assim, o grupo de servidores que trabalham junto ao arquivo precisa ampliar sua visão e relacionamentos, buscando ferramentas, objetivando incremento nas informações do setor, através de estratégias instrumentais para fortalecimento perante a instituição em prol da sociedade. Vejamos algumas formas de definição de capital social para Bourdieu².

- Desenvolve o conceito de capital social em termos de estratégia de classe; o capital social tem, para ele, o caráter de instrumento (da mesma forma que o capital econômico ou o capital cultural) que utilizam atores racionais com vistas a manter ou reforçar seu estatuto e seu poder na sociedade.

- Conjunto de recursos reais ou potenciais resultantes do fato de pertencer, há muito tempo e de modo mais ou menos institucionalizado, a redes de relações de conhecimento e reconhecimento mútuos.

- Conjunto de relações e redes de ajuda mútua que podem ser mobilizadas efetivamente para beneficiar o indivíduo ou sua classe social. O capital social é propriedade do indivíduo e de um grupo; é concomitantemente estoque e base de um processo de acumulação que permite a pessoas inicialmente bem dotadas e situadas de terem mais êxito na competição social. A ideia de capital social remete aos recursos resultantes da participação em redes de relações mais ou menos institucionalizadas. Entretanto, o capital social é considerado uma quase propriedade do indivíduo, visto que propicia, acima de tudo, benefícios de ordem privada e individual.

Na França, o capital social dos indivíduos poderia, nesse sentido, permitir-lhes o acesso a informação, profissões, favores, benefícios institucionais, independentemente da norma republicana de igualdade entre os cidadãos.

- Parte do princípio de que o capital e suas diversas expressões (econômico, histórico, simbólico, cultural, social) podem ser projetados a diferentes aspectos da sociedade capitalista e a outros modos de produção, desde que sejam considerados social e historicamente limitados às circunstâncias que os produzem.

Nesta mesma linha de raciocínio, Augusto de Franco³ também define o

² Milani, Carlos, o.cit.

³ FRANCO, Augusto de. Artigo: Capital Social e Desenvolvimento. Disponível em: <http://>

capital social como forma de poder do indivíduo, oriundo da sociedade e constituído da capacidade de empreender e inovar.

- Capital social é um conceito político porque significa um outro tipo de poder, o poder de fazer, de empreender, de inovar e não o poder de mandar em alguém. Esse poder é, na verdade, um empoderamento, quer dizer, um encorajamento que flui da sociedade para o indivíduo.

Inovação é palavra-chave quando pensamos no Arquivo. Por se tratar de ambiente isolado, composto de várias caixas e processos (aparentemente) mortos (processualmente já findos), a tendência é deixar as coisas como sempre foram, inexistindo práticas novas estimuladoras da criatividade para modernização do ambiente.

Enquanto a organização não tomar a atitude de decidir pelo Arquivo, no sentido de transformá-lo num ambiente rico para pesquisa, aberto à população, questionando quais as formas que podem ser criadas para melhorar a prestação do serviço, não teremos opções de mudanças e renovação.

A formação de redes de informação facilita a execução dos trabalhos, minimiza os custos e transforma a estrutura pública numa seara de conhecimento. As ferramentas de gestão podem ser utilizadas para dar força ao grupo, otimizando os resultados e gerando compreensão universalizada entre os órgãos. Isso nada mais é que a prática do capital social. Vejamos sua definição, na concepção de Elisabete Ferrarezi⁴

Por meio da discussão crítica dos principais conceitos, o texto explora as contribuições que a operacionalização de capital social poderia aportar às políticas públicas. Há uma rede que pode ser fortalecida ou mesmo criada visando ao empoderamento das pessoas para que possam interferir nas decisões públicas, melhorar a qualidade de vida e otimizar os efeitos das políticas públicas.

www.e-agora.org.br/conteudo.php?cont=artigos&id=2572_0_3_0_M24. Acesso em 05/05/2007.

⁴ FERRAREZI, Elisabete. **Capital social: conceitos e contribuições às políticas públicas**. Disponível em http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fResumos54-4_port1.pdf. Acesso em 17/04/2007.

Para Carlos Milani e David Robinson⁵, o conceito de capital social estaria diretamente ligado com associações, coletividade, compartilhamento de recursos e informações.

O trabalho em rede (circuito de informações) com a circulação do conhecimento e técnicas aplicadas é uma forma vital para a solução de questões emblemáticas, como é a situação do Arquivo Judicial. Daí a necessidade de socialização da informação, troca de experiências, em busca da otimização.

Ao analisarmos entre a diversidade de instituições, seus respectivos arquivos, podemos constatar que quase todos têm algo em comum: a falta de investimento em tecnologia (escassez de verba), pouca importância para a instituição (o setor, normalmente, não é considerado de prioridade na instituição). Desta forma, a associação em redes de conhecimento e compartilhamento só favorece a busca de soluções no setor, cujo capital institucional, como veremos a seguir, compõe a comunidade e não somente ao indivíduo.

Citando, ainda, Milani⁶, a definição de capital social aparece da seguinte forma:

Na nossa definição de capital social, “social” refere-se à associação, ou seja, o capital pertence a uma coletividade ou a uma comunidade; ele é compartilhado e não pertence a indivíduos (social de “sócio”, parceiro). O capital social não se gasta com o uso; ao contrário, o uso do capital social o faz crescer. Nesse sentido, a noção de capital social indica que os recursos são compartilhados no nível de um grupo e sociedade, além dos níveis do indivíduo e da família. Isso não implica que todos aqueles compartilhando determinado recurso de capital

⁵ Milani, Carlos, o.cit.

⁶ Projeto de Pesquisa: Capital Social, Participação Política e Desenvolvimento Local: atores da sociedade civil e políticas de desenvolvimento local na Bahia - Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração, NEPOL – Núcleo de Estudos Sobre Poder e Organizações Locais, PDGS – Programa de Desenvolvimento e Gestão Social. Este projeto é financiado pela FAPESB (Governo do estado da Bahia) pelo período 2002-2005. O projeto de pesquisa é coordenado por Carlos Milani e composto, atualmente, pela seguinte equipe: Sheila Cunha, Naiana Guedes Araujo, Karine Oliveira e Rafael Issa Portinho. Já fizeram parte da equipe Diana Aguiar Orrico Santos e Tiago Almeida Guedes. Atualmente o projeto conta também com a participação pontual de Karine Brun. Disponível em <http://www.adm.ufba.br/capitalsocial/Documentos%20para%20download/ISTR%202003%20Capital%20Social%20e%20Desenvolvimento%20Local.pdf>. Acesso em 17/04/2007.

social se relacionem enquanto amigos; significa, no entanto, que o capital social existe e cresce a partir de relações de confiança e cooperação e não de relações baseadas no antagonismo. Capital social é capital porque, para utilizar a linguagem dos economistas, ele se acumula, ele pode produzir benefícios, ele tem estoques e uma série de valores. O capital social refere-se a recursos que são acumulados e que podem ser utilizados e mantidos para uso futuro. Não se trata, porém, de um bem ou serviço de troca. Pode (e deve) ser um elemento estratégico fundamental para avaliar a sustentabilidade de projetos e políticas.

A produção de resultados comuns é um dos objetivos da rede de conhecimento. Se não dispomos de condições técnicas e financeiras para caminharmos numa direção concreta, a divisão da informação e a troca de experiências surge como opção segura para melhora do serviço em questão.

David Robinson⁷, ao definir capital social, menciona de forma clara:

Refere-se a um conjunto de recursos acessíveis a indivíduos ou grupos enquanto são de uma rede de conhecimento mútuo. Esta rede é uma estrutura social e tem aspectos (relações, normas e confiança) que ajudam a desenvolver a coordenação e a cooperação e a produzir benefícios comuns.

O capital social é cumulativo e pode aumentar em função de: ambiente legal e político, termos do compromisso (quais são os valores que dominam no sistema social?), regras do compromisso (formas assumidas pelas relações sociais e transparência das informações), processos de interação (deliberação).

Para James Coleman e John Durston⁸, o capital social é definido pela sua função e reciprocidade mútua. O intercâmbio entre os indivíduos facilitaria as interações sociais.

Percebemos como, embora diferentes as definições encontradas para capital social (cada uma com foco numa específica qualidade ou ação), encontramos pontos em comum em todos os autores, tais como: criação de um sistema de rede, compartilhamento, agrupamento, confiança e busca do benefício comum.

⁷ Milani, Carlos, ob. cit.

⁸ Milani, Carlos, ob. cit.

Sendo assim, a proposição da formação de determinada estrutura funcional comum aos setores arquivísticos das instituições que se propuserem a trabalhar em conjunto, implicaria em enriquecimento, com a formação de verdadeiros fóruns de troca de informação.

James Coleman⁹ exemplifica na sua conceituação:

O capital social é definido pela sua função. Não é uma única entidade (entity), mas uma variedade de entidades tendo duas características em comum: elas são uma forma de estrutura social e facilitam algumas ações dos indivíduos que se encontram dentro desta estrutura social.

Adepto da teoria da escolha racional (e de sua aplicação na sociologia), acreditava que os intercâmbios (social exchanges) sociais seriam o somatório de interações individuais.

Resultam da simpatia de uma pessoa ou grupo social e do sentido de obrigação com relação a outra pessoa ou grupo social.

Corroborando o conceito acima transcrito, temos a confiança mútua como mola indutora da credibilidade das informações compartilhadas. A cooperação do grupo, na busca de atingir metas previamente determinadas faz com que as chances de crescimento coletivo possam surpreender as expectativas iniciais. O mecanismo é simples e, se tratado com seriedade, se faz eficiente por si só: análise dos processos internos de organização, escolha de softwares, prioridade na solução dos problemas, confecção de inventário do acervo, relação das técnicas implantadas que deram certo e priorização das grandes necessidades. Ao trocar experiências com outros órgãos, ao tomar conhecimento de como suas dificuldades foram resolvidas, é trazido para o interior de cada instituição aquela experiência satisfatória. Esse inventário de informações enriquece a trajetória do sucesso.

Segundo John Durston¹⁰, a definição desse mecanismo assim se processa:

Corresponde ao conteúdo de certas relações sociais – aquelas que combinam atitudes de confiança com condutas de reciprocidade e cooperação – que proporciona maiores benefícios àqueles que o possuem.

⁹ Milani, Carlos, ob. cit.

¹⁰ Milani, Carlos, o.cit..

O capital social está para o plano das condutas e estratégias como o capital cultural está para o plano abstrato dos valores, princípios, normas e visões de mundo. Tipologia do capital social: individual (relações entre pessoas em redes egocentradas), grupal (extensão de redes egocentradas), comunitário (caráter coletivo, ser membro é um direito), de ponte (acesso simétrico a pessoas e instituições distantes), de escada (relações assimétricas que, em contextos democráticos, empoderam e produzem sinergias) e da sociedade como um todo.

Robert Putnam é tido como um dos precursores da definição de capital social. Assim como definido por Fukuyama e Mark Granovetter¹¹, o cerne da definição consiste na coordenação entre os indivíduos que compõem determinado grupo social, os quais cooperam entre si visando o benefício mútuo. A confiança funcionaria como elemento primordial para o bom relacionamento.

Para Putnam¹², capital social “diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuam para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas”. Mais uma vez palavras como confiança, bem comum, união grupal aparecem como definição do chamado capital social, na busca da obtenção de resultados e soluções para questões que persistem na escuridão e obscuridade, em oposição ao conceito atual de total importância e transparência na sistematização dos arquivos.

A organização da rede de relacionamentos, embasada na boa fé das partes envolvidas e na capacidade de percepção da dimensão institucional levam a uma mesma direção dos envolvidos. A cooperação mútua e espírito cívico garantiriam a riqueza da confiança nos bons resultados. Somente a união do grupo, na forma responsável e sistêmica, traria benefícios para as instituições envolvidas. Segundo Milani, Vejamos a definição de Robert Putnam¹³ sobre o capital social, “refere-se a aspectos da organização social, tais como redes, normas e confiança, que facilitam a coordenação e a cooperação para benefício mútuo”.

¹¹ Milani, Carlos, o.cit.

¹² Putnam, Robert. Comunidade e Democracia, a experiência da Itália Moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 177.

¹³ Milani, Carlos, o.cit.

Para Kliksberg,¹⁴ Putnam é considerado o precursor das análises do capital social. Ele cita:

Precursor das análises do capital social, considera que ele é, fundamentalmente, formado pelo grau de confiança existente entre os atores sociais de uma determinada sociedade, pelas normas de comportamento cívico praticadas e pelo nível de associativismo que a caracteriza.

Estes elementos evidenciam a riqueza e a força do tecido social interno de uma sociedade. A confiança, por exemplo, atua como “reduzidor de potenciais conflitos” limitando o recurso às reclamações. As atitudes positivas em matéria de comportamento cívico, que vão do cuidado com os espaços públicos ao pagamento de impostos, contribuem para o bem-estar geral. A existência de altos níveis de associativismo indica que é uma sociedade com capacidade para atuar cooperativamente, armar redes, coalizões, sinergias de toda ordem em seu interior.

Na constituição dessas redes de relacionamento e compartilhamento de informações, a honestidade também se faz fundamental para o sucesso dos projetos desenvolvidos em comum. E, é essa honestidade, acrescida da responsabilidade com as obrigações da missão maior de organizar os arquivos institucionais que levará ao nascimento de projetos coletivos, de custo razoável e viabilidade fática. O estabelecimento de reuniões periódicas no sentido de solucionar questões comuns, a troca de experiência mediante credibilidade de todos e a certeza da união do grupo são elementos que podem reverter a falta de verba e de políticas direcionadas para o setor do arquivo. Segundo Francis Fukuyama¹⁵, teríamos a definição a seguir de capital social:

Capital social pode ser definido como um conjunto de valores ou normas informais, comuns aos membros de

¹⁴ KLIKSBERG, Bernardo. Programa de Promoção da Reforma Educativa na América Latina e Caribe: *PREAL* Partnership for Educational Revitalization in the Americas CAPITAL SOCIAL E CULTURA: AS CHAVES ESQUECIDAS DO DESENVOLVIMENTO. O autor é Coordenador Geral da Iniciativa Inter-Americana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento do Banco Inter-Americano de Desenvolvimento e Consultor da UNESCO. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/projetos/arq/PrealDebEspecial.pdf>. Acesso em 05/05/2007.

¹⁵ FUKUYAMA, Francis. *A Grande Ruptura*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 55.

um grupo, que permitem a cooperação entre eles. Se os membros de um grupo passarem a esperar que os outros irão se comportar de forma confiável e honesta, eles irão confiar uns nos outros. A confiança é como um lubrificante que torna mais eficiente o funcionamento de qualquer grupo ou organização.

Na ótica de Mark Granovetter ¹⁶

- As ações econômicas dos agentes estão inseridas em redes de relações sociais (embeddedness). As redes sociais são potencialmente criadoras de capital social, podendo contribuir na redução de comportamentos oportunistas e na promoção da confiança mútua entre os agentes econômicos.
- Crítica: as duas visões do comportamento econômico. A visão neoclássica, que ele qualifica de subsocializada, visto que percebe apenas os indivíduos de forma atomizada, desconectado das relações sociais; e a estruturalista e marxista, que ele qualifica de super socializada, porquanto os indivíduos são considerados em dependência total de seus grupos sociais e do sistema social a que pertencem.
- O capital social seria um bem público e um bem privado, ao mesmo tempo.

Para Jair do Amaral Filho e Carlos Aquiles Siqueira¹⁷, o capital social funcionaria como um comprometimento social, dentro de uma localidade, através de recursos grupais onde o bem individual seria desprezado em prol do bem coletivo. Vamos conferir suas definições:

Jair do Amaral Filho¹⁸

- Capital social, fator intangível por natureza, é o acúmulo de compromissos sociais construídos pelas interações sociais em

¹⁶ Milani, Carlos, ob. cit.

¹⁷ Milani, Carlos, ob. cit

¹⁸ AMARAL FILHO, Jair do. Capital Social, Cooperação e Alianças entre os Setores Público e Privado no Ceará. Disponível em http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/artigos/ART_2.pdf. Acesso em 17/04/2007.

uma determinada localidade. Esse tipo de capital se manifesta através da confiança, normas e cadeias de relações sociais e, ao contrário do capital físico convencional, que é privado, ele é um bem público.

Carlos Aquiles Siqueira¹⁹

Capital social é definido como o grau de interação social, confiança, aderência a normas e coerência das ações coletivas, de uma comunidade ou grupo social, atuando em rede ou associações, na busca do bem comum. A intensidade do capital social está associada ao nível de prioridade dada, pelos participantes, ao interesse coletivo em detrimento dos interesses individuais contrariados. O capital social diz respeito aos recursos existentes nas relações de um determinado grupo social, tais como: confiança, cooperação, reciprocidade, aceitação de normas e regras coletivas. Capital intelectual coletivo pode ser entendido como ativo intangível, existente no âmago da comunidade, fruto da interação dos indivíduos, relativo a conhecimento, informação, experiência, propriedade intelectual, disponíveis para gerar o bem comum. Os dois capitais são ativos coletivos de propriedade dos grupos sociais, fruto de ações coletivas, voláteis, intangíveis, embora mensuráveis, acessíveis na medida que existam relação e confiança entre as pessoas, com a característica de se reforçarem mutuamente: capital intelectual cresce com o desenvolvimento do capital social e vice-versa.

O desenvolvimento desses capitais é fruto do volume de interações: à medida que cresce o número de interações bem sucedidas, gerando o bem comum, cresce o nível de confiança, impulsionando o capital social e consequentemente o capital intelectual.

Segundo Jorge Eduardo St.Aubyn de Figueiredo²⁰, o capital social se firmaria através de regras sólidas de reciprocidade em cadeia, permeando as relações sociais.

Vejamos seus principais pontos:

¹⁹ SIQUEIRA, Carlos Aquiles. M.Sc. Gerenciamento de Projetos e CEO do Geranegócio. Disponível em: <http://www.geranegocio.com.br/html/down/anali.html>. Acesso em 20/04/2007.

²⁰ Figueiredo, Jorge Eduardo St. Aubyn de. **Comunidade cívica, capital social e conselhos de saúde no Estado do Rio de Janeiro**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 113 p. Disponível em: http://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009202&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20/04/2007.

- promovem sólidas regras de reciprocidade reforçadas por cadeias de relacionamento dependentes da reputação individual ou institucional;
- aumentam os custos potenciais para o transgressor das regras nas transações individuais, prevenindo o oportunismo;
- facilitam a comunicação e melhoram o fluxo de informações sobre a confiabilidade dos indivíduos;
- corporificam o êxito alcançado em ações anteriores, criando, assim, um modelo culturalmente definido para futuras colaborações.

Tentamos explicar a importância do capital social como fonte de interação, pesquisa, troca de experiências e cooperação entre as diversas instituições, com o fito de transformar o Arquivo Judicial num ambiente corporativista, de participação intensa, comprometimento mútuo. Na busca do desenvolvimento das instituições e divulgação da importância do Arquivo, como objeto de garantidor da memória institucional e fonte rica de pesquisa, consulta e entretenimento, pretendemos plantar a ideia da importância desse setor institucional, na tentativa de fazê-lo subir à categoria importante de fonte de pesquisa, diante da diversidade e propriedade do conteúdo do acervo.

Acreditamos que, uma vez organizado e preparado para servir à sociedade, o Arquivo Judicial pode se transformar numa fonte de consulta técnica, histórica e rica, diante da qualidade dos documentos ali encontrados, até então desconhecidos do domínio público.

O objetivo principal é mostrar aos gestores organizacionais a qualidade do material que são detentores, embora até então não reconhecidos e devidamente considerando o conteúdo histórico do material do qual são possuidores, apesar do total descrédito da sua real importância.

Na tentativa de unir instituições distintas, praticando o capital social, intencionamos contribuir para a sociedade e para a preservação da memória nacional, tão fragmentada nos diversos tipos de guarda de documentos públicos.

Do que foi argumentado, necessário se faz mencionar o filósofo francês Pierre Bourdieu e sua definição de habitus, agentes e campo.

BOURDIEU: HABITUS, AGENTES E CAMPO

A análise de Hermano Roberto Thiry-Cherques²¹ sobre Bourdieu, traz os conceitos a seguir descritos, em seu trabalho publicado na Revista de Administração Pública que passamos a transcrever:

O termo *habitus*, adotado por Bourdieu para estabelecer a diferença com conceitos correntes tais como /hábito/, /costume/, /praxe/, /tradição/, medeia entre a estrutura e a ação. Denota o sistema de disposições duráveis e transferíveis, que funciona como princípio gerador e organizador de práticas e de representações, associado a uma classe particular de condições de existência. O *habitus* gera uma lógica, uma racionalidade prática, irredutível à razão teórica. É adquirido mediante a interação social e, ao mesmo tempo, é o classificador e o organizador desta interação. É condicionante e é condicionador das nossas ações.

O *habitus* constitui a nossa maneira de perceber, julgar e valorizar o mundo e conforma a nossa forma de agir, corporal e materialmente.

...

Os *habitus* não designam simplesmente um condicionamento, designam, simultaneamente, um princípio de ação. Eles são estruturas (disposições interiorizadas duráveis) e são estruturantes (geradores de práticas e representações). Possuem dinâmica autônoma, isto é, não supõem uma direção consciente nas duas transformações. Engendram e são engendrados pela lógica do campo social, de modo que somos os vetores de uma estrutura estruturada que se transforma em uma estrutura estruturante. Aprendemos os códigos da linguagem, da escrita, da música, da ciência, etc. Dominamos saberes e estilos para podermos dizer, escrever, compor, inventar.

Nesse sentido, percebemos a necessidade de mudança de visão da definição do que é o arquivo judicial e do material que ali se encontra armazenado. Entretanto, não basta a mudança de visão, considerando o conceito tradicional do que estamos acostumados a ter como definido o significado de um arquivo público. Faz-se necessário, também, uma

²¹ Thiry-Cherques, Hermano Roberto. “**Pierre Bourdieu: a teoria na prática**”. Artigo publicado na RAP, Rio de Janeiro 40(1): 27-55, Jan/Fev.2006.

mudança de comportamento, onde o significado do próprio conceito precisa ser mudado, transformando uma cultura de desprezo, diante da riqueza da importância do que encontramos dentro do acervo composto dos processos findos.

Ainda segundo Thiry-Cherques, Bourdieu também conceitua os agentes sociais:

Todo agente, indivíduo ou grupo, para subsistir socialmente, deve participar de um jogo que lhe impõe sacrifícios. Neste jogo, alguns de nós nos cremos livres, outros determinados. Mas, para Bourdieu, não somos nem uma coisa nem outra. Somos o produto de estruturas profundas. Temos, inscritos em nós, os princípios geradores e organizadores das nossas práticas e representações, das nossas ações e pensamentos. Por este motivo, Bourdieu não trabalha com o conceito de sujeito. Prefere o de agente. Os indivíduos são agentes à medida que atuam e que sabem, que são dotados de um senso prático, um sistema adquirido de preferências, de classificações, de percepção. Os agentes sociais, indivíduos ou grupos, incorporam um *habitus* gerador (disposições adquiridas pela experiência) que variam no tempo e no espaço. Do berço ao túmulo absorvemos (reestruturamos) nossos *habitus*, condicionando as aquisições mais novas pelas mais antigas. Percebemos, pensamos e agimos dentro da estreita liberdade, dada pela lógica do campo e da situação que nele ocupamos.

Nessa linha de raciocínio, a importância da conscientização do material humano é fundamental para a difusão do conceito que o arquivo judicial constitui-se como fonte de pesquisa e consulta, numa ótica de valorização das matérias que ali se encontram guardadas. A instituição da Justiça Federal, como um todo, necessita trabalhar seus agentes (serventuários e usuários em geral) para a visão do arquivo judicial como futura biblioteca pública. Para tanto, cremos que o desenvolvimento de uma política pública de gestão com foco no resultado poderá fornecer dados significativos deste universo diversificado que é o Arquivo Judicial, mas que, até o momento presente, ainda permanece na escuridão e silêncio.

Como universo de atuação, Bourdieu, no citado artigo escrito por Thiry-Cherques, ainda define o conceito de campo:

Bourdieu procura superar a oposição entre o subjetivismo e o objetivismo mediante uma relação suplementar, vertical, que medeia entre o sistema de posições objetivas e disposições subjetivas de indivíduos e coletividades. O *habitus* é referido a um campo, e se acha entre o sistema imperceptível das relações estruturais, que molda as ações e as instituições, e as ações visíveis desses atores, que estruturam as relações.

O social é constituído por campos, microcosmos ou espaços de relações objetivas, que possuem uma lógica própria, não reproduzida e irreduzível à lógica que rege outros campos. O campo é tanto um “campo de forças”, uma estrutura que constringe os agentes nele envolvidos, quanto um “campo de lutas”, em que os agentes atuam conforme suas posições relativas no campo de forças, conservando ou transformando a sua estrutura.

Os campos não são estruturas fixas. São produtos da história das suas posições constitutivas e das disposições que elas privilegiam. O que determina a existência de um campo e demarca os seus limites são os interesses específicos, os investimentos econômicos e psicológicos que ele solicita a agentes dotados de um *habitus* e as instituições nele inseridas. O que determina a vida em um campo é a ação dos indivíduos e dos grupos, constituídos e constituintes das relações de força, que investem tempo, dinheiro e trabalho, cujo retorno é pago consoante a economia particular de cada campo.

O campo é, portanto, a estrutura física que precisa ser trabalhada para conceituar o ambiente a ser pesquisado, no nosso caso, o Arquivo Judicial. Numa interação entre os agentes e seus respectivos *habitus*, no campo as experiências podem ser trocadas com o objetivo de suplantar a ideia de descaso, elevando o Arquivo ao patamar que cremos, merece ter destaque.

O destaque que intencionamos colocar o departamento do Arquivo da Justiça Federal é elevá-lo à categoria de patrimônio cultural, por se tratar de ambiente detentor de material raro, diante do conteúdo dos documentos que encontramos contidos nos processos findos.

GESTÃO DOCUMENTAL

Segundo o Programa de Gestão Documental da Justiça Federal – Manual de Gestão de Autos Findos, do Conselho de Justiça Federal²²:

²² Conselho da Justiça Federal, **Programa de Gestão Documental da Justiça Federal, Manual**

Gestão de Documentos é um conjunto de procedimentos técnicos e operacionais referentes às atividades de produção, tramitação, classificação, avaliação e arquivamento dos documentos nas fases corrente e intermediária, visando à sua eliminação ou ao seu recolhimento ao Arquivo Permanente, e tem como objetivos:

Organizar, de modo eficiente, a geração, o gerenciamento, a manutenção e a destinação dos documentos.

Selecionar e preservar a documentação, eliminando os documentos que não tenham valor administrativo, fiscal, legal, histórico ou científico.

Garantir o uso adequado da micrografia e de outras técnicas de gerenciamento eletrônico de documentos.

Assegurar o acesso à informação governamental quando e onde se fizer necessária ao governo e aos cidadãos.

Garantir a preservação e o acesso aos documentos de caráter permanente, reconhecidos por seu valor histórico e científico.

A gestão de documentos contribui para as funções dos arquivos sob diversos aspectos, tais como: garantir que as políticas e atividades do Estado sejam documentadas adequadamente; selecionar e reunir documentos de valor permanente, tentando diminuir ao máximo o número de documentos de valor transitório; garantir a melhor organização desses documentos; e inibir a eliminação de documentos de valor permanente.

Trata-se, portanto de uma forma consciente e organizada da administração de gerenciar arquivos, solucionando os problemas de armazenamento e viabilizando a consulta, na forma manual ou eletrônica (digitalização de documentos), através de classificação, indexação, viabilizando o acesso e a consulta.

A utilização na forma digital facilita o manuseio pelos interessados e reduz o espaço físico destinado para manter o acervo, gerando qualidade, transparência e segurança no armazenamento de dados.

de Gestão de Autos Findos.

A gestão, portanto, é ato da administração, de conduzir o processo de uniformização de dados. A utilização de suporte, como a contratação de consultoria especializada, pode facilitar o processo de gestão, proporcionando um melhor aproveitamento do acervo da instituição, a partir do estudo e conhecimento do banco de dados. Planejar a aplicação desse projeto viabiliza sua implantação e garante o acesso à informação de forma mais eficaz, em tempo real, protegendo o documento público e modernizando o modo de pesquisa.

A seleção dos documentos existentes no arquivo da Justiça Federal é ato primordial na gestão documental do acervo, pois possibilita a separação dos processos repetitivos e sem grande importância jurídica, os quais serão, posteriormente, encaminhados para o descarte, dos processos de revelância histórica, que deverão compor os fundos da instituição como fonte de pesquisa.

De acordo com Maciel e Mendonça²³

É o selecionador quem determina as entradas dos documentos no sistema. Se for bem feita a seleção, seus reflexos se darão positivamente em todos os serviços subsequentes, agilizando o processo de tratamento técnico e permitindo um bom índice de relevância quando da recuperação e utilização dos documentos. Já se é mal orientada, seus reflexos negativos se revelarão nos congestionamentos de serviços, coleções não utilizadas e usuários insatisfeitos.

No intuito de promover a gestão documental no âmbito da Justiça Federal, o Conselho de Justiça Federal, ao editar a Resolução nº 023, de 19 de setembro de 2008, determinou a responsabilidade dos magistrados e servidores como mantenedores do acervo judiciário. Citada resolução prevê a criação de Comissão Permanente de Avaliação Documental, garantindo a guarda, autoria e integralidade dos processos findos, que passam a ser considerados documentos públicos.

Assim dispõem os artigos 24 e 26 da Resolução nº 23:

²³ Maciel, Alba Costa e Mendonça, Marília Alvarenga Rocha. “Bibliotecas Como Organizações”, Rio de Janeiro: Interciência Ltda., 2006, p. 19.

Art. 24. O Comitê de Gestão Documental da Justiça Federal será coordenado pelo titular da Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e integrado pelos titulares das unidades de documentação ou arquivo do Conselho da Justiça Federal e dos Tribunais Regionais Federais, indicados pelos respectivos presidentes.

Parágrafo único. O Comitê, sempre que julgar necessário, poderá convidar, para integrá-lo, titulares das unidades de arquivo das Seções Judiciárias e servidores com formação nas áreas de história, administração, informática, estatística, contabilidade, direito, arquivologia, biblioteconomia e outras.

Art. 26. Deverão ser instituídas Comissões Permanentes de Avaliação e Gestão Documental no Conselho da Justiça Federal, nos Tribunais Regionais Federais e nas Seções Judiciárias, compostas, no mínimo, por:

I – servidor responsável pela unidade de documentação ou arquivo;

II – bacharel em Arquivologia ou Biblioteconomia;

III – bacharel em História;

IV – bacharel em Direito.

Parágrafo único. A critério das Comissões, serão convidados a integrá-las servidores das unidades organizacionais às quais se referem os documentos a serem avaliados, bem como profissionais ligados ao campo de conhecimento de que trata o acervo objeto da avaliação, podendo ser substituídos após a conclusão dos trabalhos relativos às respectivas unidades ou áreas de conhecimento.

Tais medidas denotam o interesse da Administração em manter e preservar os documentos de valor para a sociedade, de forma moderna, segura, viável e com acesso franqueado ao usuário.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que primou em garantir os direitos fundamentais, a importância do arquivo e demais

documentos públicos tomou vulto, pois, através desses documentos, podemos ter assegurados direitos individuais e coletivos, garantindo o pleno exercício da cidadania. É de se ressaltar que o direito consagrado de acesso às informações contidas nos documentos gerados pelos poderes instituídos, constitui instrumento de controle social e de transparência administrativa.

Diante disso, a implementação de políticas arquivísticas transformou-se em matéria do mais elevado interesse público. Não há mais espaço para antigas alegações de dificuldade no manuseio de autos dentro do espaço físico do arquivo e carência de formação do corpo funcional. Estamos tratando, pois, de questão de natureza técnica, de reconhecida relevância. Necessário se faz que a administração viabilize projeto exequível, na condição de órgão responsável pela boa manutenção dos processos, para incitar e gerir uma boa política de conservação de documentos, considerando a responsabilidade de defesa da cidadania e interesses difusos de toda a sociedade. A necessidade de preservar os documentos públicos se faz imperiosa ante o crescimento descontrolado da massa documental. Constatamos que, nesse crescente universo, impossível selecionar processos importantes, de valor histórico considerável, devido à dificuldade de pesquisa e localização.

A redução do volume do acervo não somente seleciona autos significantes como também contribui para agregar valor à própria instituição, mostrando seu patrimônio cultural e arquivístico de forma organizada, limpa, apropriada à consulta, sem falar nos altos custos com a manutenção dos prédios construídos para suportar a condição de arquivos.

ARQUIVO JUDICIAL

A dificuldade de lidarmos com o Arquivo Judicial nada mais é do que ausência de conhecimento sobre a matéria: legislação específica, dinâmica de jurisdição e um quadro generalizado de desorganização do próprio arquivo.

A conscientização torna-se necessária para estimular o interesse no arquivo, até então tido como depósito de coisas velhas e desinteressantes, para onde eram enviados além de processos findos, todos os expedientes

das diversas varas da Justiça Federal referentes aos anos anteriores. Segundo Fonseca²⁴

Uma política de preservação do patrimônio abrange um âmbito maior que o de um conjunto de atividades visando à proteção de bens. É imprescindível ir além e questionar o processo de produção desse universo que constitui um patrimônio, os critérios que regem a seleção de bens e justificam sua proteção: identificar os atores envolvidos nesse processo e os objetivos que alegam para legitimar o seu trabalho, definir a posição do Estado relativamente a essa prática social e investigar o grau de envolvimento da sociedade. Trata-se de uma dimensão menos visível, mas nem por isso menos significativa, das políticas de preservação.

O descarte de autos findos, normatizado pelo Conselho da Justiça Federal, foi implantado na seccional da Justiça Federal de Pernambuco para iniciar a solução deste imperioso problema. Notamos que, por se tratar de ação nova, que visa a eliminação de processos repetidos obedecendo critérios específicos, causa interesse e curiosidade por parte dos servidores e advogados, que, por desconhecerem a metodologia, não se habituaram com a necessidade da eliminação, originando dúvidas que necessitam ser sanadas.

Achamos importante abordar o acúmulo crescente do acervo, a escassez de espaço, a dificuldade de manter os fundos (limpeza, higienização, catalogação, acesso). Traçar um parâmetro entre o arquivo atual e a implantação de uma nova sistemática, considerando o incremento da demanda é fazer um paralelo entre a situação passada, situação atual e proposta futura de seleção dos processos a serem mantidos arquivados.

Precisamos selecionar o acervo dos processos findos, efetuar o descarte de ações repetidas e de pouca importância a título de história cultural,

²⁴ Fonseca, Maria Cecília Londres. “O Patrimônio em Processo”, Rio de Janeiro: UFRJ, 2005, p. 36.

respeitando o conteúdo dessas ações, através de amostra representativa, para atingirmos o patamar de uma nova e moderna visão do Setor de Arquivo Judicial, como fonte de pesquisa à disposição de todos os cidadãos e jurisdicionados.

Esse novo e moderno Arquivo pode contribuir para compor uma outra Justiça, mais social, atrativa e convidativa, inclusive para visitas escolares, diante do acervo organizado, selecionado e preparado especificamente para ser fonte de estudo e cultura, afastando de vez a idéia de que o Arquivo é lugar de processos velhos e mortos.

A implantação da política de descarte de autos findos e a necessidade de divulgar a importância desse processo de refinamento dos fundos, reduzirá custos, com melhor aproveitamento dos espaços físicos e difundirá a riqueza do material encontrado no Arquivo Judicial.

O problema ao lidarmos com o Arquivo Judicial nada mais é do que ausência de conhecimento sobre a matéria: legislação específica, dinâmica de jurisdição e um quadro generalizado de desorganização do próprio arquivo.

Assim, ante a possibilidade de enxugamento do Arquivo, concorreremos para as benesses da implantação do descarte. Constatando a real redução do acervo, passaremos então a exercer uma ampliação da execução da política pública de descarte, para preparar o ambiente ao acesso do cidadão comum e posterior divulgação do material ali contido.

A preservação dos documentos públicos talvez seja a chave para a conservação e manutenção do acervo limpo e corretamente organizado. Preservar um documento deve ser plantado na cultura da instituição, havendo necessidade de conscientização dos serventuários sobre pequenos cuidados que devem ser tomados, no sentido de retardar o envelhecimento do documento, através da utilização de métodos de recuperação. Trata-se de um processo a ser desenvolvido a longo prazo, mudando hábitos, prática de manuseio e utilização de material adequado. Como exemplo podemos citar: os malefícios do contato direto com metais (clips, colchetes, grampos); composição (e deteriorização) de papel de pouca qualidade; manchas de café, restos de comida, gotas de material de limpeza.

Importante considerar a relevância do Arquivo Judicial, como peça que preserva a história e o reflexo de uma era social. Quanto mais organizados, quanto mais divulgado o conteúdo do acervo, a sociedade pode utilizá-

lo para melhor compreender seu próprio funcionamento e como trabalha a instituição a qual está diretamente ligado, vivenciando o exercício da cidadania.

Através do Arquivo podemos desenvolver centro de pesquisa histórica e documental, estimulando a visita de escolas, antropólogos, historiados, estudiosos e pesquisadores, assemelhando-se às bibliotecas públicas ou até mesmo aos memoriais institucionais.

Podemos também associar a ideia do descarte à visão moderna de desenvolvimento sustentável. Note-se a repercussão social do descarte: promove a reciclagem de materiais, a preservação do meio ambiente e através da doação do material, vincula a instituição à obras de cunho social, transformando assim a visão do Judiciário, que passa a se aproximar do cidadão comum e contribuir para a melhoria da sociedade. Imediata redução de custos de manutenção ocorre, quando da diminuição do acervo, facilitando a limpeza e higienização dos fundos.

Da leitura dos artigos das Resoluções do Conselho de Justiça Federal que norteiam o descarte de autos findos concluímos que, uma vez organizado, o Arquivo Judicial tende a revelar para a sociedade um raio-X da própria instituição, transmitindo o controle sobre seu patrimônio cultural e conhecimento do valor da documentação que deve preservar.

A qualidade da informação contida no corpo dos processos findos espelha a diversidade dos assuntos ali tratados, auxiliando o cidadão em pesquisa e garantindo acesso à informação, que se trata de um direito constitucional garantido pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Concluímos, portanto, pela necessidade de criar-se um conjunto de relações, amalgamadas pelo capital social através da criação de redes como forma de conhecimento e crescimento institucional no intuito de melhorar as condições do Arquivo da Justiça Federal em Pernambuco.

É importante destacar a riqueza e diversidade dos documentos encontrados no Arquivo da Justiça Federal em Pernambuco, sob o enfoque da importância histórica do acervo e resgate da memória da preservação documental.

Lembramos a colocação de Choay²⁵

A qualquer século que pertençam, os monumentos são “testemunhas irrepreensíveis da história”. Por isso, eles permitem construir uma multiplicidade de histórias – história política, dos costumes, da arte, das técnicas – ao mesmo tempo que auxiliam na pesquisa intelectual e na formação das profissões e dos artesanatos. Além disso, eles funcionam como introdução a uma pedagogia geral do civismo: os cidadãos são dotados de uma memória histórica que terá o papel efetivo da memória viva, uma vez que mobilizará o sentimento de orgulho e superioridade nacionais.

A utilização do capital social como forma de difundir a relevância do arquivo abre uma ponte entre a instituição pública Justiça Federal e a população, constituindo, portanto, um exercício de cidadania, a partir do momento em que prepara o ambiente da organização num local limpo e preparado para receber visita pública, constituindo-se como fonte de pesquisa e consulta pela sociedade.

A importância da guarda dos documentos, um novo enfoque sobre a gestão documental, incluindo o descarte de autos findos, poderão acarretar mudanças consideráveis no dia-a-dia da estrutura do Judiciário, que não podem deixar de serem levadas em consideração, sob pena de fecharmos nossos olhos a um material de enorme riqueza, onde se retrata a história econômica, social e política de nossas épocas.

Acreditamos ser importante para o órgão federal essa troca de experiências com outras instituições, na busca de solucionar um problema crescente, que não vem sendo encarado pela maioria das administrações, em face da sua própria grandeza e vulto. Os Arquivos institucionais tendem a se transformar em depósito de coisas inúteis, de pouca valia, desconhecendo-se, portanto, a variedade do material ali armazenado.

Sua importância social decorre do fato de, ao organizarmos o arquivo ele poderá se transformar numa excelente e rica fonte de consulta para a população, diante da diversidade dos assuntos que dispomos no conteúdo dos feitos e diferente fonte de pesquisa para historiadores, sociólogos, operadores do direito e interessados no tema.

²⁵ CHOAY, Françoise. “A Alegoria do Patrimônio”, São Paulo: UNESP, 2001, p.18.

Constatamos ser primordial dar divulgação do setor do arquivo, no sentido de prestigiá-lo e elevá-lo à categoria de seção gerencial da instituição, por conter a organização da história do próprio órgão público e processos de interesse de toda a sociedade.

Nesse sentido, assim se pronuncia Fonseca²⁶:

Os aspectos a partir dos quais se estabeleceu esse modelo, qual seja, a instituição arquivística como órgão responsável pelo recolhimento, preservação e acesso dos documentos gerados pela administração pública nos seus diferentes níveis de organização, podem ser assim resumidos:

[...]

- o Estado reconhece sua responsabilidade em relação ao cuidado devido ao patrimônio documental do passado e aos documentos por ele produzidos;

- a proclamação e o reconhecimento do direito público de acesso aos arquivos: todo cidadão tem o direito de solicitar em cada depósito a exibição dos documentos ali contidos.

A importância da preservação da memória institucional e a necessidade de implantação efetiva duma política pública de gestão documental, interagindo com outros órgãos também focados na preservação dos documentos públicos contribui para preparar o arquivo da Justiça Federal para receber o cidadão, num ambiente favorável ao estudo e à pesquisa, abrindo as portas da instituição, num processo de transparência e accountability.

Acreditamos na necessidade do Judiciário se sintonizar com a sociedade, dela se aproximando através de políticas públicas de participação cidadã, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e afirmando sua posição de engajamento histórico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Jair do. **“Capital Social, Cooperação e Alianças entre os Setores Público e Privado no Ceará”**.

²⁶ Fonseca, Maria Odila. Arquivologia e Ciência da Informação. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008 p. 40.

Disponível em http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/artigos/ART_2.pdf. Acesso em 17/04/2007.

CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**, São Paulo: UNESP, 2001, p.18.

Conselho da Justiça Federal, “**Programa de Gestão Documental da Justiça Federal, Manual de Gestão de Autos Findos**”.

Conselho da Justiça Federal, **Resolução nº 06**, de 07 de abril de 2008.

Conselho da Justiça Federal, **Resolução nº 23**, de 19 de setembro de 2008.

FERRAREZI, Elisabete. “**Capital social: conceitos e contribuições às políticas públicas**”. Disponível em http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fResumos54-4_port1.pdf. Acesso em 17/04/2007.

FIGUEIREDO, Jorge Eduardo St. Aubyn. “**Comunidade Cívica, Capital Social e Conselhos de Saúde no Estado do Rio de Janeiro**”. Dissertação apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz, com vistas à obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. Disponível em <http://portaldeseres.cict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/2001>. Acesso em 17/04/2007.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O Patrimônio em Processo**, Rio de Janeiro: UFRJ, 2005, p. 36.

FONSECA, Maria Odila. **Arquivologia e Ciência da Informação**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008 p. 40.

FRANCO, Augusto de. Artigo: “**Capital Social e Desenvolvimento**”. Disponível em: http://www.e-gora.org.br/conteudo.php?cont=artigos&id=2572_0_3_0_M24. Acesso em 05/05/2007.

FUKUYAMA, Francis. **A Grande Ruptura**, Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 55.

KLIKSBERG, Bernardo. “**Programa de Promoção da Reforma Educativa na América Latina e Caribe**”: *PREAL* Partnership for Educational Revitalization in the Americas CAPITAL SOCIAL E CULTURA: AS CHAVES ESQUECIDAS DO DESENVOLVIMENTO. O autor é Coordenador Geral da Iniciativa Inter-Americana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento do Banco Inter-Americano de Desenvolvimento e Consultor da UNESCO. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/projetos/arq/PrealDebEspecial.pdf>. Acesso em 05/05/2007.

MACIEL, ALBA COSTA E MENDONÇA, MARÍLIA ALVARENGA ROCHA. **Bibliotecas Como Organizações**, Rio de Janeiro: Interciência Ltda., 2006, p. 19.

MILANI, Carlos. “**Teorias do Capital Social e Desenvolvimento Local: lições a partir da experiência de Pintadas (Bahia, Brasil)**”. Projeto de pesquisa «Capital social, participação política e desenvolvimento local: atores da sociedade civil e políticas de desenvolvimento local na Bahia» (2002-2005), financiado pela FAPESB e desenvolvido na Escola de Administração da UFBA (NPGA/NEPOL/PDGS). Disponível em <http://www.adm.ufba.br/capitalsocial>. Acesso em 17/04/2007.

Projeto de Pesquisa: Capital Social, Participação Política e Desenvolvimento Local: atores da sociedade civil e políticas de desenvolvimento local na Bahia - Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração, NEPOL – Núcleo de Estudos Sobre Poder e Organizações Locais, PDGS – Programa de Desenvolvimento e Gestão Social. Este projeto é financiado pela FAPESB (Governo do estado da Bahia) pelo período 2002-2005. O projeto de pesquisa é coordenado por Carlos Milani e composto, atualmente, pela seguinte equipe: Sheila Cunha, Naiana Guedes Araujo, Karine Oliveira e Rafael Issa Portinho. Já fizeram parte da equipe Diana Aguiar Orrico Santos e Tiago Almeida Guedes. Atualmente o projeto conta também com a participação pontual de Karine Brun. Disponível em

<http://www.adm.ufba.br/capitalsocial/Documentos%20para%20download/ISTR%202003%20Capital%20Social%20e%20Desenvolvimento%20Local.pdf>. Acesso em 17/04/2007.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e Democracia, a experiência da Itália Moderna**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 177.

SIQUEIRA, Carlos Aquiles. “**M.Sc. Gerenciamento de Projetos e CEO do Geranegocio**”. Disponível em:

<http://www.geranegocio.com.br/html/down/anali.html>. Acesso em 20/04/2007.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. **Pierre Bourdieu: a teoria na prática**. Artigo publicado na RAP, Rio de Janeiro 40(1): 27-55, Jan/Fev.2006.

O ASSALTO COLETIVISTA ÀS INSTITUIÇÕES DO DIREITO PRIVADO E A AMEAÇA À AUTONOMIA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

Vandir Pereira de Souza

Estudante do curso de pós-graduação *lato sensu* – especialização em Direito público - da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Técnico administrativo do Ministério Público de Pernambuco.

RESUMO: O presente estudo consiste numa análise crítica acerca dos alegados reflexos do princípio da função social da propriedade, albergado no art. 5º, inc. XXIII da Constituição Federal, sobre a natureza e operacionalidade dos interditos possessórios, disciplinados pelo art. 920 e ss. do Código de Processo Civil. Após uma breve notícia histórica sobre o desenvolvimento do princípio da função social da propriedade, segue-se a exposição dos argumentos da corrente doutrinária neoconstitucionalista, favorável a reformulação da natureza especial dos interditos - determinada, segundo os expoentes da corrente, pela consagração do princípio da função social -, e o clássico pensamento civilista, favorável à preservação da natureza especial dos interditos. Concluída a etapa expositiva, apresenta-se o segmento conclusivo, favorável à moldura tradicional dos instrumentos de proteção possessória.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A ascensão da doutrina da função social e a publicação do regime jurídico da propriedade privada. 2. As repercussões do princípio da função social da propriedade sobre o fenômeno possessório e seus meios de proteção. Conclusão. Bibliografia

INTRODUÇÃO

No curso desses vinte anos de instituição do Estado Democrático de Direito, a sociedade brasileira testemunhou um processo de transmutação em alguns dos mais tradicionais institutos do Direito Privado. O elevado conteúdo social embutido na Constituição Federal promulgada em 1988

mitigou a clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, sujeitando, em tese, o princípio da autonomia da vontade - e os institutos jurídicos derivados - à realização do bem-estar coletivo. Esse fenômeno vem sendo identificado como *constitucionalização do Direito Civil*.

Em alguns segmentos do Direito Civil esse movimento em direção à retração do valor da autonomia privada em favor do bem comum apresenta-se mais nitidamente. Em outros, a transformação se mostra mais discreta. Na seara do *direito das coisas*, a *propriedade* foi o principal alvo da *constitucionalização*. O princípio da função social da propriedade, expresso no artigo 5º, inc. XXIII da Carta Magna, alterou substancialmente a configuração do tradicionalíssimo direito de propriedade, eliminando uma de suas principais características originárias: seu caráter absoluto. Com a absorção da teoria da função social, a propriedade somente faz *jus* à proteção jurídica plena quando alinhada aos propósitos sociais da ordem constitucional. Em outras palavras, o ordenamento jurídico vigente confere ao Estado a prerrogativa de orientar a relação entre os particulares e seus bens.

O princípio da função social sujeitou o direito de propriedade - uma das mais características instituições do Direito Privado - às necessidades ditadas pela concepção social coletivista, predominante no texto constitucional. Entretanto, para parcela significativa da doutrina constitucionalista, a relativização do direito de propriedade não é suficiente; as propostas social coletivistas apontam agora para o instituto *posse*, mas precisamente, para os mecanismos de proteção possessória.

Este artigo dedicar-se-á à análise do embate acadêmico entre a doutrina civilista tradicional, defensora da clássica concepção autônoma dos interditos possessórios, e a doutrina constitucional coletivista contemporânea, comprometida com a proposta de sujeição do instituto ao primado da função social.

1. A ASCENSÃO DA DOUTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL E A PUBLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Ao longo do século XX, a dimensão da propriedade enquanto instituto jurídico foi transformada pela ascensão da doutrina da função social da

propriedade¹. A ideia de sujeição do interesse particular ao bem-estar coletivo – alicerce da teoria da função social – desenvolve-se na fase de transição entre o modelo político liberal clássico e o modelo social contemporâneo, quando o Estado é chamado a mediar as relações entre as classes sociais, particularmente, entre a burguesia industrial e a classe operária. Essa concepção é sintetizada no conhecido vocábulo *função social*²; assim, os principais institutos do Direito Privado, até então orientados unicamente pelo respeito à autonomia privada, viram-se limitados pelo requisito do atendimento a seus pretensos fins sociais. Surgem então conceitos como *função social da propriedade*, *função social dos contratos* e *função social da empresa*, dentre outros.

O princípio da função social da propriedade foi integrado à ordem jurídica brasileira pela Constituição de 1946³; sobreviveu mais ou menos incólume às transformações políticas desenroladas nas décadas seguintes, até ser consagrada na Carta Política de 1988. O texto constitucional vigente inclui o princípio da função social da propriedade no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos⁴, além de elevá-lo à condição de princípio informador da ordem econômica⁵.

¹ O jurista francês Leon Duguit foi o mais conhecido precursor da doutrina da função social da propriedade. Na passagem transcrita adiante, o autor expõe o cerne da teoria: “A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.” *Apud* GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 126.

² Muito oportuna a notícia histórica trazida por Waldyr Grisard Filho: “As revoluções burguesas, cada vez mais e profundamente explorando o proletariado, aumentando as desigualdades sociais, fizeram que se questionasse a propriedade privada pela formulação da noção de sua função social. O conceito nasce do acirramento das desigualdades sociais e da crescente consciência e reivindicação do povo por igualdade plena.” In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 235.

³ O artigo 147 da Constituição de 1946 albergou o princípio da função social, nos seguintes termos: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, (...) promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

⁴ CF: Art. 5º, inc. XXIII “a propriedade atenderá a sua função social;”

⁵ CF: Art. 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade;”

A forte tradição patrimonialista brasileira sempre representou um obstáculo à concretização do princípio da função social da propriedade. Descontando-se algumas iniciativas voluntaristas e pouco frutíferas lançadas durante o governo do Presidente João Goulart (1961-1964), a aprovação do Estatuto da Terra, Lei Federal promulgada em 1964 – já sob a presidência do Marechal Castello Branco - constitui o primeiro esforço no sentido de instrumentalizar o princípio e aplicá-lo em escala. O estatuto lançou as bases do atual regime jurídico da propriedade privada, e inovou ao determinar, no plano específico da propriedade imobiliária rural, o significado da expressão *função social*⁶. A fórmula instituída pelo Estatuto da Terra foi transportada para a Constituição de 1988; o texto constitucional, assim como o estatuto, impõe ao proprietário rural o dever de obediência ao primado da função social, sob pena de cassação do direito de propriedade⁷.

No plano infraconstitucional, presencia-se uma marcha rumo à adaptação das normas civis às disposições constitucionais; a aprovação do novo Código Civil, em 2002, representou o ápice desse movimento. O antigo código, promulgado em 1916, fora concebido sob a égide do clássico ideário liberal – diametralmente oposto à matriz ideológica da Carta Magna atual -. Assim, o novo *codex* representou mais uma etapa no processo de submissão do Direito Privado à concepção jurídica coletivista impregnada no texto constitucional; como consequência, elementos normativos tipicamente publicistas foram incorporados a alguns dos institutos mais representativos do Direito Civil; a liberdade de contratar foi limitada pela

⁶ Lei 4.504/64 – Estatuto da Terra: “Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
 b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
 c) assegura a conservação dos recursos naturais;
 d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.”

⁷ CF: Art. 184. “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

“função social do contrato”⁸ e o próprio direito de propriedade viu seu alcance reduzido⁹.

As hipóteses legais de embaraço ao direito de propriedade - e até mesmo de sua cassação por exercício incompatível com suas finalidades sociais - deram nova moldura institucional à propriedade. Nesse ponto, convergem civilistas e constitucionalistas. Contudo, as divergências afloram já no esforço para a conceituação da nova configuração jurídica da propriedade. De um modo geral, os expoentes da ótica civilista acentuam o caráter excepcional das hipóteses de embaraço e cassação do direito de propriedade, concebendo-as como componentes de um sistema estruturado de restrições destinado a coibir abusos. Por esse enfoque, a propriedade preserva sua essência e mantém a natureza de direito subjetivo¹⁰.

A visão constitucional coletivista é diametralmente oposta¹¹. No

⁸ CC. Art. 421 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁹ CC. Art. 1.228, § 1º “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

¹⁰ Morto no ano 2004, o jurista mineiro Caio Mário da Silva Pereira mantém-se como autor de referência em matéria de Direito Civil. Eis algumas de suas impressões sobre o atual regime jurídico da propriedade privada no Brasil: “A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece no *dominus* o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi et abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em um instrumento de dominação. (...) Outros acreditam que aí se instaura uma tendência à “socialização” do direito ou socialização da propriedade, mas sem razão, porque a propriedade socializada tem características próprias e inconfundíveis com um regime em que o legislador imprime certas restrições à utilização das coisas em benefício do bem comum, sem, contudo, atingir a essência do direito subjetivo, nem subverter a ordem social e a ordem econômica.” *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84-85.

¹¹ Numa de suas obras mais conhecidas, José Afonso da Silva, um dos mais aclamados mestres do Direito Constitucional brasileiro, critica a concepção civilista: “Os juristas brasileiros, publicistas e privatistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerado direito real fundamental. Olvidam as regras do Direito Público, especialmente do Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas ‘no conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social’,

entender dos adeptos da corrente, o princípio da função social institui um novo regime de propriedade, fundado na primazia do interesse coletivo sobre o individual; nessa perspectiva, tipicamente coletivista, a propriedade pode até mesmo perder a condição de direito subjetivo¹².

2. AS REPERCUSSÕES DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE SOBRE O FENÔMENO POSSESSÓRIO E SEUS MEIOS DE PROTEÇÃO

A controvérsia estabelecida em torno da definição do regime jurídico da propriedade privada aprofunda-se quando se adentra a discussão sobre as relações entre propriedade e posse, e por via de consequência, sobre a conveniência e juridicidade da submissão do reconhecimento do fenômeno possessório e seus efeitos jurídicos ao primado da função social. Este estudo não comporta incursões profundas nos infundáveis debates acadêmicos a respeito da caracterização jurídica da posse; entretanto, a compreensão do tema enfocado impõe uma breve visita a parâmetros conceituais básicos relacionados ao instituto, providência indispensável para o correto entendimento das relações entre posse e propriedade.

A etimologia jurídica contemporânea conceitua *posse* como: “relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica.”¹³ Definições de conteúdo idêntico ou assemelhado, amplamente difundidas e aceitas tanto no âmbito da doutrina quanto na esfera jurisprudencial, têm respondido de modo satisfatório às eternas indagações acerca da natureza jurídica da posse, objeto de acalorados embates acadê-

isto é, mero conjunto de condições limitadoras.” *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271-272.

¹² Nas palavras de José Afonso da Silva: “A função social, assinala *Pedro Escribano Collado*, ‘introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo’, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e de sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. (...) Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico.” *Op cit*, p. 282-283.

¹³ Definição extraída do *Pequeno dicionário jurídico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 267.

micos, dentre os quais destacou-se o célebre antagonismo entre as teorias subjetiva e objetiva, propostas respectivamente por *Savigny* e *Jhering*, caracterizado muito mais pela prolixidade do que pela efetividade¹⁴. A partir da base conceitual indicada nos dicionários jurídicos, vislumbra-se imediatamente a diferença fundamental entre *posse* e *propriedade*: esta consiste numa construção jurídico social, aquela constitui um estado fático natural preexistente, reconhecido pelo ordenamento jurídico¹⁵. Em síntese: posse é fato e propriedade é direito.

Na dinâmica das relações jurídicas pode-se vislumbrar uma infinidade de situações hipotéticas nas quais indivíduos podem titularizar um direito subjetivo à posse, não havendo nisso qualquer contradição com a definição do fenômeno possessório como um estado de fato. O direito ao exercício da posse, uma das prerrogativas do titular do direito de propriedade, não se confunde com a posse em si; o primeiro é postulado mediante ação petítória, processada em rito ordinário; a segunda é defendida – e não pleiteada – pela via própria dos interditos possessórios, instrumentos jurídico-processuais premiados com rito específico, privilegiado¹⁶. Em outras palavras, o direito de possuir não faz da posse um direito.

¹⁴ Sábias as palavras de Caio Mário da Silva Pereira sobre o tema: “Hoje em dia, passada a fase polêmica, na qual a adoção de uma das posições era quase uma definição partidária, os escritores se convenceram de que as divergências teóricas não se manifestam em profundidade no plano prático, a ponto de surgirem soluções diferentes para problemas análogos. A oposição entre ambos {*Savigny* e *Jhering*} é mais aparente do que real. E já se considera discussão bizantina e estéril defender a submissão de tal sistema a qual corrente, porque, em puro rigor, as legislações não têm aceito extremamente, senão tolerando implicações recíprocas, quer o subjetivismo de *Savigny*, quer o objetivismo de *Jhering*...” *op cit*, p. 21-22.

¹⁵ Em “Do contrato Social”, *Rousseau* descreveu o processo de conversão da propriedade natural (posse) em direito de propriedade: “Concebe-se como as terras dos particulares reunidas e contíguas se tornam território público e como o direito de soberania, estendendo-se dos súditos ao terreno por eles ocupado, se torna, ao mesmo tempo, pessoal e real, colocando os possuidores numa dependência ainda maior e fazendo de suas próprias forças as garantias de sua fidelidade. (...) O singular dessa alienação é que a comunidade, aceitando os bens dos particulares, longe de despojá-los, não faz senão assegurar-lhes a posse legítima, transformando a usurpação num direito legítimo, e a posse em propriedade.” *Apud* WEFFORT, Francisco (org.). *Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª Ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 225.

¹⁶ A jurisprudência pátria há muito firmou-se nesse sentido: “...realmente, posse é fato. Fracasaram as tentativas de caracterizá-la como um direito, inclusive a de *Jhering*, líder da corrente. A própria doutrina germânica, de um modo geral, manteve-se fiel à idéia de ser posse um simples fato, independente de qualquer relação jurídica entre pessoa e coisa. A posse é estado de fato, em que acontece poder e não necessariamente ato de poder. Sem dúvida alguma, pode haver ‘direito de possuir’, ou direito a possuir, mas esse direito positivamente não é a posse, tanto que o titular daquele jus possiendi nem sempre é o possuidor.” TAC-RJ. AC nº 87.015. 5ª Câmara Cível. Rel. Anaudim de Freitas. Julgado em 04.05.1983.

Sem embargo da autonomia conceitual e das particularidades de cada um dos institutos, *posse* e *propriedade* possuem mais igualdades do que diferenças; tão grandes são as semelhanças e tantos são os pontos de identificação, que fora do ambiente jurídico quase não se percebe a diferença entre uma e outra¹⁷. Na esteira dessa aparente equivalência, desenvolve-se uma doutrina favorável à extensão à posse dos mesmos pressupostos de constituição e validade jurídica impostos à propriedade, incluindo-se aí, naturalmente, o primado da função social¹⁸. A tese da sujeição da posse ao princípio da função social tornou-se objeto de controvérsia acadêmica.

A relação de complementaridade entre propriedade e posse tem sido invocada como fundamento teórico dogmático de uma nova concepção sobre a natureza dos instrumentos de proteção possessória¹⁹. Há muito, o debate extrapolou os limites da academia e alcançou a atividade jurisdicional. Os

¹⁷ Nas primeiras linhas da obra na qual sintetiza sua teoria sobre a posse, o imortal *Rudolf Von Jhering* lembra que o uso adequado das palavras posse e propriedade constitui capacidade própria dos estudiosos da ciência do Direito: “Um dos sinais característicos, pelo qual o jurista se distingue de qualquer outro homem, está na diferença radical que se estabelece entre as noções de posse e de propriedade. Na linguagem comum, emprega-se com frequência essas expressões como equivalentes. Fala-se de retenção, de restituição de propriedade, onde, na linguagem do jurista, se deveria falar de retenção ou restituição de posse. Fala-se de grandes posses territoriais, de posses, de fundos etc., quando se trata de propriedade, (...) Pode-se inferir desse hábito de linguagem, quão poucas diferenças se nota entre a propriedade e a posse, quanto à sua manifestação exterior na vida. E na realidade é assim mesmo.” *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005, p. 13.

¹⁸ O respeitado constitucionalista Fábio Konder Comparato é um dos expoentes da doutrina: “O descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à da exclusão das pretensões possessórias de outrem devem ser afastadas, (...) Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade (Código Civil, art. 502), e às ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.” *Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In Juvelino J. Strozak (coord.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

¹⁹ “Como se vê, tratando-se de conflito de natureza social, não há mais litígio implicando propriedade em que se possa exigir do proprietário, apenas o seu título aquisitivo. Nesse caso, para a prova da qualidade da propriedade (o que implica direito de usar, fruir e gozar, mais dever de atender à função social) não basta a exibição do título (propriedade oca), sem a prova de exação no cumprimento do dever (propriedade plena). (...) O que se diz das ações dominiais pode ser dito – *mutatis mutandis* – das ações possessórias, entendidas paralelamente às primeiras como *actiones utiles* de propriedade.” CUNHA, Sérgio Sérulo da. A nova proteção possessória. In Juvelino J. Strozak (coord.). *op cit*, p. 263.

litígios possessórios deflagrados pelas constantes invasões de propriedades rurais promovidas por movimentos sociais comprometidos com a causa da *reforma agrária* tornaram-se a arena central da disputa. Alguns tribunais pátrios têm acolhido a tese, incluindo o atendimento à função social da propriedade entre os requisitos indispensáveis ao deferimento de medidas liminares de reintegração de posse²⁰. Entretanto, prevalece em nossos órgãos judiciais a concepção tradicional dos interditos possessórios, limitada ao fenômeno fático possessório e fiel à disciplina estabelecida no Código de Processo Civil²¹. No plano legislativo, multiplicam-se iniciativas objetivando adequar as regras atinentes à proteção possessória ao princípio da função social da propriedade²².

De um modo geral, a interdependência entre posse e propriedade - invocada pelos coletivistas como alicerce da *nova proteção possessória* - é aceita e até mesmo endossada pela doutrina civilista²³. A discórdia

²⁰ Nesse sentido, já decidiu a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO - REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU - GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST - NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMÓVEL IMPRODUTIVO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 - NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL - REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA - IMPROVIMENTO. - Não havendo o agravante comprovado tratar-se seu imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88; - Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para a proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 927 do CPC." TJ-MG. AgIn n° 468.384-9. Quinta Câmara Cível. Rel. Hilda Teixeira da Costa. Julgado em 25.11.2004. DOE-MG 24.12.2004.

²¹ Nesses termos, tem decidido, com maior frequência, a própria corte de justiça mineira: "EMENTA: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 927, DO CPC. COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DESNECESSIDADE. O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja, a desapropriação. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do artigo 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe." TJ-MG. AC n° 2.0000.00.477227-8/000(1). Nona Câmara Cível. Rel. Pedro Bernardes. Julgado em 01.08.2006. DOE-MG 16.09.2006.

²² Tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei - PL 1.958/99 e PL 7.115/06, de autoria dos deputados Adão Preto e Maria Laura, respectivamente, propondo, entre outras alterações, o acréscimo de novo inciso ao artigo 927 do CPC, de modo a incluir a prévia comprovação do atendimento à função social da propriedade entre os requisitos para a concessão de medidas liminares de reintegração e manutenção de posse.

²³ Nessa linha, entende Maria Helena Diniz: "Pode-se aplicar o princípio de que o acessório segue

se estabelece quando a natureza especial dos mecanismos de proteção possessória é ameaçada. Na visão civilista clássica, a proteção à posse constitui meio de defesa da propriedade; a ordem jurídica presume a propriedade do possuidor, deixando para os eventuais insatisfeitos o ônus de provar, judicialmente, a ausência de base jurídica para o fato *posse*. Segundo essa linha, a disciplina especial das ações possessórias fundamenta-se na necessidade de preservar a ordem pública e a harmonia social, fundadas, em grande medida, nas relações de aparência de direito²⁴. Por essa ótica, submeter a prerrogativa dos interditos possessórios à comprovação do atendimento à função social do bem implicaria em autorizar a solução, pelas vias de fato, de litígios essencialmente jurídicos.

Por fim, salienta-se no campo civilista a opção deliberada do legislador brasileiro em excluir dos litígios possessórios quaisquer discussões envolvendo domínio²⁵ – o que, obviamente, alcança o tema da função

o principal, sendo a propriedade o principal e a posse o acessório, já que não há propriedade sem a posse. Nada mais objetivo do que integrar a posse na mesma categoria jurídica da propriedade, dando ao possuidor a tutela jurídica. O nosso legislador andou bem em adotar a tese de *Jhering*, porque se não há propriedade sem posse, dar proteção a esta é proteger indiretamente aquela; se a propriedade é direito real, a posse também o é; se a posse for ofendida, ofende-se também o domínio, daí o motivo pelo qual se deve proteger a posse na defesa da propriedade.” *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 4 – direito das coisas. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53-54.

²⁴ Tratando da proteção possessória em sua origem romana, *Jhering* deixou a seguinte lição: “Em vez de prova da propriedade, que o proprietário deve apresentar quando reclama a coisa em mãos de um terceiro (reivindicatória), ser-lhe-á bastante a prova da posse, para com aquele que a arrebatou imediatamente. (...) Podemos, pois, designar o possuidor como *proprietário presuntivo* e compreende-se perfeitamente, por um lado, a razão por que o Direito Romano declarou essa presunção de propriedade. (...) suficiente contra o réu somente quando se trata de repelir os ataques à propriedade, e por outro lado, tanto quanto a coisa se ache em mãos de um terceiro e o réu, tendo em seu favor a presunção da propriedade, exija que tal presunção não se possa destruir senão pela propriedade. A ação possessória mostra-nos a propriedade na *defensiva* e a reivindicatória na *ofensiva*. Exigir da defensiva a prova da propriedade seria proclamar que todo indivíduo que não está em estado de demonstrar a prova de sua propriedade (...) acha-se fora da lei; dessa maneira qualquer pessoa poderia tirar-lhe a propriedade.” *op cit*, p. 32.

²⁵ Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira lembrava a recente opção do legislador pátrio em abolir a exceção de domínio da dinâmica das ações possessórias: “O Código de 1916, em seu art. 505, dispunha que: ‘não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.’ A segunda parte do dispositivo, cujo pressuposto era a *evidência do domínio*, (...) não mereceu acolhida no atual Código (art. 1.210, S 2º), que em boa hora, restituiu a coerência do sistema legal de tutela da posse, não mais transigindo com a *exceptio domini*. Volta o ordenamento a manter-se fiel à velha regra segundo a qual nada existe em comum entre posse e propriedade (...) vale dizer, o julgamento da posse não pode ser distorcido pela invocação da propriedade.” *op citi*, p. 70.

social da propriedade. Diante de tal opção, parece-lhes inapropriado e ilegítimo unir pela hermenêutica instituições separadas propositalmente pelo legislador.

CONCLUSÃO

Com o devido respeito às respeitáveis opiniões em contrário, a proposta de uma *nova proteção possessória*, consistente na inclusão do atendimento à função social do objeto da posse entre os requisitos ao deferimento dos interditos possessórios, não se coaduna com o regime político e ordem sociojurídica brasileiras. Eis, em apertada síntese, as principais razões dessa incompatibilidade:

a) mesmo diante da inegável relação lógica entre posse e propriedade, o legislador pátrio optou conscientemente por separar os dois institutos na configuração dos interditos possessórios; assim, tratando o texto constitucional de “função social da propriedade” e o estatuto processual civil de “proteção à posse”, tem-se inviável a aplicação de uma a outra. A hermenêutica atua fundamentalmente nas imprecisões e lacunas legislativas; os hermeneutas carecem da legitimidade conferida pelo voto popular, não lhes sendo possível, obviamente, alterar, por sua conta, estruturas e instituições claramente construídas pelo legislador eleito;

b) mesmo admitindo-se – por mero exercício dialético – sua aplicação ao fenômeno possessório, convém esclarecer que o princípio da função social da propriedade tem natureza programática; trata-se de um princípio informador, e não de um direito subjetivo, não sendo nenhum pouco razoável invocá-lo como fundamento legitimador de ofensas à posse alheia;

c) ao acolher o princípio da função social da propriedade, a Constituição estabeleceu também os mecanismos para sua aplicação, confiados ao Poder Executivo – e não ao Poder Judiciário – e sujeitos ao princípio maior do devido processo legal;

d) incluir na dinâmica das ações possessórias a prévia apuração da harmonia entre o exercício da posse e os pretensos fins sociais de seu objeto enfraqueceria a tutela jurisdicional, incentivando a autotutela, na medida em que todos ver-se-iam no direito de ofender a posse alheia, apoiando-se em alegações de exercício incompatível com a função social da propriedade.

Pelas razões acima sintetizadas, a proposta de submissão dos mecanismos judiciais de proteção possessória à prévia comprovação do atendimento ao princípio da função social da propriedade constitui ameaça à paz social, devendo ser rechaçada pelos órgãos judiciais, em nome do Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. In Juvelino J. Strozak (coord.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A nova proteção possessória. In Juvelino J. Strozak (coord.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DE PEDRO, Antonio (ed.). *Pequeno dicionário jurídico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 4 – direito das coisas. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade: do direito de propriedade ao direito à propriedade. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

WEFFORT, Francisco. (org.). *Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª Ed. São Paulo: Ática, 2000.

MEMÓRIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Generalíssimo – Cabendo ao Ministério que me foi confiado a importante tarefa de organizar um dos Poderes da União, e consultando os grandes interesses affectos à suprema direção do Governo Provisório, pareceu-me necessário submeter desde já à Vossa aprovação e assignatura o decreto que institue a Justiça Federal, de conformidade com o disposto na Constituição da República.

A proximidade da instalação do Congresso constituinte, que poderia parecer em outras circumstancias um plausível motivo de adiamento, a fim de que lhe fosse submettido o exame de uma questão de tal magnitude, torna-se, entretanto, nesta situação, que é profundamente anormal, uma poderosa razão de urgência a aconselhar a adopção desta medida.

O principal, sinão o único intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem dúvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositários do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitiva constituídos os três principais órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rápido para a execução do programma do Governo Provisório no seu ponto culminante – a terminação do período dictatorial.

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.

Não se trata de tribunaes ordinários de justiça, com uma jurisdicção pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não

à Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.

E' a vontade absoluta das assembléas legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbitrio soberano do poder executivo.

A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglez, foi oppor um limite ao poder violento dos reis: o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos.

Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto.

Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituido no regimen descabido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos de systema federal. Do poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia de seu criterio afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.

E' por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo.

De resto, perante a justiça federal, dirimem-se não só as contendadas que resultam do direito civil, como aquellas que mais possam avultar na elevada esphera do direito publico.

Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a Constituição reservou ao poder judiciario no governo da Republica

Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen, precisamente porque a Republica, segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei.

O organismo judiciario no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplíce esphera do

poder publico, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o dominio legitimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado.

Na Suissa a lei de 27 de junho de 1874, que deu nova organização à justiça federal, em vez de reprimir, como devêra, desenvolveu a tendencia já manifestada na legislação anterior de ampliar a jurisdição federal nas causas civis, estendendo-a até àquellas que por sua natureza deviam ser da privativa competencia da justiça cantonal. Além de estabelecer que em regra é permittido sujeitar ao julgamento do Tribunal Federal as causas estranhas à sua competencia, quando nisto convierem os litigantes, a legislação actual consagra a competencia do mesmo Tribunal para julgar em recurso as questões derivadas do contracto matrimonial e aquellas que, julgadas pelos tribunaes cantonaes, tiverem valor superior a 3.000 francos ou não susceptivel de estimação.

Mas os inconvenientes de um tal systema se fizeram sentir desde logo aconselhando a necessidade de uma discriminação perfeita e completa, garantidora da reciproca soberania.

E' notavel no meio das reclamações geraes, que teem sido provocadas por esta tendencia subversiva dos bons principios o energico protesto de um illustre membro do Tribunal Federal, que começa a ver o perigo de ser o proprio Tribunal desnaturado por esta competencia tão extensa no civil, quando a sua natural destinação é conhecer das questões de direito publico. Mas o que sobretudo inquieta os espiritos, é o fundado receio de que por este modo se pertubem todas as relações, se paralyse e destrua o sentimento de soberania dos juízes locaes, fazendo desaparecer por esta continua invasão e cada vez mais extensa a correlata independencia da justiça federal e local, principio basico do systema federativo.

A organização contida no decreto, que ora submetto à vossa assignatura, rigorosamente calcada sobre as bases estabelecidas pela Constituição, remove todas as difficuldades e evita todos os perigos, traçando com clareza e precisão os limites da competencia entre a Justiça Federal e a dos Estados, de tal modo que cada uma, resguardada de todo o perigo de invasão, conservará na mais completa integridade a sua autonomia jurisdiccional.

Nos arts. 9, 15 e 16 acham-se especificadas as causas que, em razão das pessoas ou da natureza do seu objecto, pertencem ao julgamento dos juizes federaes. Mais liberal do que a propria organização americana,

o decreto restringe a jurisdição civil da Justiça Federal, ampliando correspondentemente a esfera de competência da justiça territorial. E', assim que, segundo a lei americana, todos os litígios, qualquer que seja o seu caracter, suscitados entre cidadãos de diversos Estados, são sujeitos ao julgamento dos juizes federaes: no entanto que entre nós, de accordo com a melhor doutrina e dando mais amplitude à esfera de acção do poder local, essas causas, quando não envolvam questões que pela sua natureza devam pertencer à alçada da justiça nacional, recahem sob a privativa jurisdição local.

Está ahi bem positivamente assignalada como principal caracteristico do regimen adoptado, a coexistencia de um poder judiciario federal e de um poder local, cada um desenvolvendo a sua acção dentro da respectiva esfera de competencia, sem subordinação, porque ambos são soberanos, e sem conflictos, porque cada um conhece a natureza dos interesses que provocam a sua intervenção.

Isto quanto ao que é relativo às funções peculiares das justiças paralelas.

No tocante a estrutura especial da Justiça Federal e à acção que lhe é peculiar, julguei conveniente instituir sómente duas instancias, de accordo com o systema modernamente acceto para a hierarchia judiciaria.

Examinando este assumpto e de um ponto de vista amplo e elevado, um dos mais illustres especialistas da materia na Confederação Suissa sustenta, com a firmeza de sua convicção bem estabelecida, que um dos caracteres da nossa epoca é a tendencia de abolir o systema de instancias e crear as instancias unicas, com a clausula salutar e devidamente comprehendida de ser bem composto o tribunal encarregado de julgar.

A moralidade, a pureza da consciencia, a elevação do talento e a preparação do espirito não teem superior hierarchico. E' no trajecto de uma instancia para outra que muitas vezes tem parecido a justiça.

Nos cantões de Zurich e Genebra, por exemplo, teem-se introduzido tribunaes de commercio com uma só instancia, e a opinião sente-se bem com esta instituição.

E' que debaixo de um tal regimen a responsabilidade do julgador eleva-se na mesma proporção em que cresce a sua independencia, e os escrupulos de uma consciencia immaculada mais se estimulam.pela ausencia completa da subordinação hierarchica.

Em respeito a este principio o Supremo Tribunal, tal como se acha aqui constituido, não julga, nos casos de recurso, sinão como uma

segunda e ultima instancia: é um typo inteiramente novo, e por isso mesmo bem diverso daquelle que deixou-nos o regimen centralizador da monarchia.

Mas, não devendo existir, conforme o plano adoptado, sinão sinão um juiz em cada secção judicial para exercer a justiça de primeira instancia, e devendo este conservar a sua séde na capital do respectivo Estado, surgia a difficuldade resultante da falta de cooperadores ou auxiliares que, nos diversos pontos da circumscripção jurisdiccional, dessem execução e cumprimento aos seus actos.

Nos Estados Unidos da America do Norte existem, além da Corte Suprema, como entre nós, e dos juizes de districto, que correspondem aos nossos juizes seccionaes, os tribunaes de circuito. O territorio da União é dividido em nove circuitos, com um juiz em cada um. A córte de circuito compõe-se do juiz respectivo, do juiz de districto e de um membro da Córte Suprema, especialmente commissionedo para o circuito nas epocas em que esta Córte funciona. Por sua vez os tribunaes de circuito constituem commissarios judiciaes para lhes servirem de auxiliares na execução de actos e diligencias dentro da sua circumscripção jurisdiccional.

Desta breve exposição verifica-se que a União Americana com o seu systema judicial, pretendendo manter a mais completa separação entre a justiça nacional e a local, tem tido a necessidade de instituir commissarios, juizes de occasião ou magistrados ambulantes para estender a sua acção a todos os pontos da respectiva jurisdicção. São evidentes os inconvenientes e difficuldades, que devem resultar deste mecanismo complicado.

Na organização que ora vos apresento, procurei evitar os inconvenientes e vencer as difficuldades estatuindo no art. 362 << que os juizes ou tribunaes dos Estados farão cumprir os despachos rogatorios expedidos pela Justiça Federal, quer para fazer citações ou intimações e receber depoimentos de testemunhas, quer para ar à execução sentenças e mandados e praticar outros actos e diligencias judiciaes>>.

E' claro e manifesto que não vae nisto a menor invasão de competencia nem um germen de perturbação e confusão dos limites jurisdiccioneaes, por isso mesmo que não se trata sinão de pedir e prestar auxilios para a execução de diligencias. São actos de mero expediente no andamento dos feitos, e não julgamentos. Esta solução, portanto, tem a dupla vantagem de facilitar a acção da Justiça Federal, sem contudo offender o principio fundamental da separação e independencia das duas justiças.

Mas, como não era bastante instituir juizes e tribunaes para a decisão das causas civeis propriamente e assim tambem das questões que se fundam na complexidade das relações do direito publico, pois que a jurisdição federal estende-se tambem a uma certa ordem de crimes, julguei indispensavel, além do juizo singular, a criação do jury federal, como a mais segura garantia dos direitos dos accusados.

A competencia do jury abrange na sua esfera privativa todos os crimes sujeitos à alçada federal, ahi comprehendidos os de responsabilidade dos empregados públicos, com exclusão sómente daquelles poucos casos, para os quaes, em virtude deste proprio organismo, foi assignalada uma jurisdição especial.

No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutaes ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias subtilezas, de subterfúgios e ciladas, que commummente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o accusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o órgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do accusado extorquida à força de uma sagacidade criminosa.

No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente – sim ou não – e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. E' a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa.

O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu ás disposições relativas ao habeas-corpus. As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior efficacia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que soffre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação de ordem de habeas – corpus.

Tanto quanto é possível e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. E' este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes.

O principio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com efficacia a liberdade e os direitos dos cidadãos na lucha desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado.

A magistratura federal fica de posse das principaes condições de independencia – a perpetuidade, a inamovibilidade e o bem-estar. E , si accrescentar-se a isto, que ella, no nobre exercicio de suas elevadas funcções, applicando a lei nos casos occurrentes e julgando a inapplicabilidade das suas clausulas ou preceitos mediante provocação dos interessados, todavia não desce jamais a immiscuir-se nas questões politicas, ver-se-ha que ficou-lhe assignalada uma posição solida, de socego e tranquillidade de consciencia, aliás indispensavel para que ella possa manter-se nas altas e serenas regiões de onde baixam os arestos da justiça.

Os paizes que se acham organizados debaixo deste principio, pondera um profundo observador, são livres e prósperos. Os que não seguem o seu exemplo, acham-se opprimidos e atrasados. Seus juizes temporarios e amoviveis são agentes servis do governo, não ministros independentes da justiça

Estas verdades devem ficar perpetuamente gravadas na consciencia do Governo da Republica, para que jamais deixem de ser fielmente reproduzidas no corpo da sua legislação orgânica. Não ha nem póde haver justiça honesta sem uma magistratura instruída e independente; e uma justiça sem escrupulos é peor de todas as calamidades publicas.

Nos Estados Unidos da America do Norte, onde se vae encontrar a fonte pura desta sábia organização judicial, a magistratura federal effectiva (para excluir os juizes commissarios) compõe-se de 59 juizes de districto, 9 de circuito e 9 da Córte Suprema. Os primeiros teem de vencimentos anuais oito contos, os segundos doze e os terceiros vinte, accrescentando-se um conto de réis ao presidente.

Na Suissa o tribunal federal compõe-se de nove membros e outros tantos supplentes e os vencimentos são fixados em quatro contos, e mais uma gratificação ao presidente.

Na Confederação Argentina, cuja moderna organização judiciária foi estabelecida pelas leis de 16 de outubro de 1882 e 14 de setembro de 1883, cada provincia constitue uma secção judicial com um só juiz. Existe também uma Córte Suprema composta de cinco membros e um Procurador Geral. Os juizes da secção teem um vencimento annual de seis contos, e os membros da Córte Suprema de doze contos.

Na organização que vos apresento, afastando-me do molde americano, institui uma secção judicial em cada Estado, assim também no districto federal, com um só juiz, tendo a sua séde na respectiva capital; ao todo 21 juizes com outros tantos substitutos que considerei indispensáveis para que a marcha da justiça não possa soffrer solução de continuidade nos casos de impedimentos temporarios. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de quinze juizes, dos quaes um será o seu presidente e outro o Procurador Geral da Republica.

O ministerio publico, instituição necessária em toda organização democratica e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas espheras da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da Republica, vêm os procuradores seccionaes, isto é, um em cada Estado.

Compete-lhe, em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser applicados pela Justiça Federal e promover a acção publica onde ella couber. A sua independencia foi devidamente resguardada.

Os vencimentos dos juizes, taxados na respectiva tabella, devem ser sufficientes para pôr a coberto a sua independencia e a honorabilidade do cargo. São fixos esses vencimentos, porque é necessario que a ambição do juiz não seja um motivo de desconfiança no espirito suspeito dos litigantes. Ahi está, além disso, uma garantia dos interesses das partes na fiscalização da conducta dos subalternos do juízo.

Para não alongar mais esta exposição, deixo de entrar em outros desenvolvimentos, e de justificar a parte processual, de resto já conhecida na antiga pratica forense, e onde fiz pequenas modificações, aconselhadas pela experiência. Pareceu-me conveniente, entretanto, appensal-a ao corpo desta lei para facilitar seu conhecimento e execução, obviando tropeços e embaraços que poderiam nascer da applicação de um regimen judiciario inteiramente novo e desconhecido do nosso paiz.

Com estes motivos apresento-vos o decreto que organiza a Justiça Federal. – M. Ferraz de Campos Salles.

Este livro foi composto na
fonte Minion Pro, corpo 12, 14 e 18, com tiragem de
350 exemplares. Capa impressa em Cartão Supremo 250 gr/m² e
o miolo em Off-set (imune) 75 g/m².
Produzido no Parque Gráfico da
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,
em setembro de 2010.
Fone: (81) 3217.2500 - Fax: (81) 3222.5126
E-mail: cepecom@cepe.com.br
