

REVISTA JURÍDICA

**da Seção Judiciária
de Pernambuco**

REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária de Pernambuco

**Número 7
2014**

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
CAROLINA SOUZA MALTA – Diretora do Conselho Editorial
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS E SILVA NETO
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER
JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA
MATEUS DE FREITAS CAVALCANTI COSTA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

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

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.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 7 (2014) Recife, 2014

Anual

ISSN 1984 - 512X

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Corregedor

Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**
Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**
Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**
Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**
Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**
Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**
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**
Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**
Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juizes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
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
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credidio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
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
Vinicius Costa Vidor
Thalynni Maria Freitas De Lavor
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Oliveira
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marco Fratteezi Gonçalves
Marcos Antonio Maciel Saraiva

Juízes Federais Substitutos:

Tarcísio Corrêa Monte

Madja de Sousa Moura Florêncio

Bernardo Monteiro Ferraz

Pablo Enrique Carneiro Baldivieso

Felipe Mota Pimentel de Oliveira

Rodrigo Maia da Fonte

Gustavo Henrique Teixeira de Oliveira

Isaac Batista de Carvalho Neto

Liz Corrêa de Azevedo

Marcos Antônio Mendes de Araujo Filho

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

<i>Diretora da ESMAFE da 5ª Região</i>	13
--	----

ARTIGOS

A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA - FEDERAL OU ESTADUAL - NAS DEMANDAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

<i>Allan Endry Veras Ferreira</i>	15
---	----

DA RECEPÇÃO, OU NÃO, DO ART. 47 DA LEI 6880/80 E A RESISTÊNCIA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

<i>Arlindo Eduardo de Lima Júnior</i>	29
---	----

A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

<i>Arthur Napoleão Teixeira Filho</i>	51
---	----

PRISIONEIRO DA ESPERANÇA: A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO ATENDIMENTO PSICOLÓGICO DE HOMOSSEXUAIS EGODISTÔNICOS NO BRASIL

<i>Eduardo Victor de Assis Menezes</i>	91
--	----

DA PLURALIDADE DE VÍTIMAS NO CRIME CONTINUADO CONTRA A VIDA

<i>Elvan Loureiro de Barros Correia</i>	115
---	-----

DA DITADURA MILITAR AO ESTADO DE DIREITO: O PAPEL DA OAB NA TRANSIÇÃO À DEMOCRACIA E NO FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

<i>Flávia Danielle Santiago Lima e Flávia Petronilo de Oliveira Vasconcelos</i>	125
---	-----

AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL

<i>José da Costa Soares</i>	143
-----------------------------------	-----

A EQUIDADE COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL ANTE OS PARADIGMAS DO NOVO JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL

<i>Madja de Sousa Moura Florencio</i>	169
---	-----

REINCIDÊNCIA PENAL: SUA (NÃO) RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marcelo Santiago de Moraes Afonso 187

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NOVAS PERSPECTIVAS DE CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF

Mateus Victor Pereira Cavalcanti..... 221

A RELEVÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA CRIANÇA PARA A RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS RELATIVAS À SUA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL

Pedro de Paula Lopes Almeida..... 249

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA E OS LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM BASE NO ART. 54, DA LEI Nº 9.784/99: POR UMA VISÃO COOPERATIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes..... 263

APRESENTAÇÃO

A área jurídica é fértil em temas para dissertação e discussão. Selecionar um assunto e trazer novas luzes sobre ele demanda criatividade e dedicação. Os autores dos artigos da presente Revista devem ser congratulados, seja por sua ousadia em inovar com temas dantes não explorados, seja por sua disposição em trazer uma nova abordagem para assuntos já visitados anteriormente. O Conselho Editorial, por sua vez, merece encômios pelo incentivo à produção intelectual e pela refinada análise e seleção de artigos que, dado o respeitado veículo que os divulga, terão, certamente, excepcional receptividade. A Justiça Federal em Pernambuco, com este respeitável periódico, caminha em sintonia com as novas demandas da sociedade. A importância dos temas aqui versados, bem como sua atualidade, denunciam a preocupação da Justiça Federal em não constituir apenas um repertório de decisões, mas um importante laboratório para a produção intelectual, que tem por desiderato a resolução criativa e inovadora de dilemas do Judiciário e do Brasil.

Joana Carolina Lins Pereira

Juíza Federal da 12ª Vara de Pernambuco

Diretora da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região

A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA – FEDERAL OU ESTADUAL - NAS DEMANDAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

Allan Endry Veras Ferreira

Juiz Federal da 28ª Vara Federal de Pernambuco.

RESUMO: A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais de regência do direito à saúde (e, consequentemente, ao fornecimento de medicamentos) demonstra que a responsabilidade solidária entre os entes políticos, assentada na lógica de custeio solidário do sistema e da competência administrativa comum (art. 23, II, CF), é insuficiente ao estabelecimento da legitimidade processual para responder a demandas dessa natureza. O presente estudo busca fixar parâmetros objetivos na identificação dos legitimados passivos nas demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos e, com isso, definir a competência – federal ou estadual – para processar e julgar a causa.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Civil. Competência. Fornecimento de medicamento.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A definição de competência. 2. O interesse do ente federal para fixação da competência da Justiça Federal. 3. A definição da competência – Federal ou Estadual – nas demandas de fornecimento de medicamento. 4. Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde. 4.1 Componente Básico da Assistência Farmacêutica. 4.2 Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica. 4.3 Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. 5. Peculiaridade na gestão dos medicamentos antineoplásicos. 6. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca fixar parâmetros objetivos na identificação dos legitimados passivos nas demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos e, com isso, definir a competência – federal ou estadual – para processar e julgar a causa.

1. A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA

É clássica a conceituação da competência como medida de jurisdição, uma vez que cada órgão exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 237).

Ganha relevo, neste ponto, a garantia constitucional inserta no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, assegurando que “*ninguém poderá ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”.

Diversos critérios são utilizados para se chegar ao órgão competente, passando pela definição do órgão jurisdicional competente, fixada de acordo com regras constitucionais; exame de eventual competência originária; competência territorial e competência do juízo.

Em relação à competência do órgão jurisdicional, a doutrina fala em Justiça especializada, para as Justiças militar e eleitoral, em oposição à Justiça comum da Justiça federal e estadual.

A competência originária, em regra, é dos órgãos de primeira instância; apenas excepcionalmente pertence a tribunais.

Foro é o território dentro de cujos limites o juiz exerce a jurisdição. Nas Justiças dos Estados, o foro de cada juiz de primeiro grau é o que se chama comarca; na Justiça Federal, é a seção judiciária. A competência de foro é, portanto, competência territorial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 245).

Para se chegar ao juiz competente, deve-se perquirir, de modo sucessivo, sobre a justiça competente, qual seja, comum federal ou estadual, militar e eleitoral (jurisdição competente), se o agente faz jus a foro por prerrogativa de função (competência originária), o foro competente (competência territorial) e, por fim, o juiz competente, na comarca ou seção, definido pela regra da distribuição ou pela natureza da demanda.

O que interessa ao presente estudo, e que será adiante explorado, é a definição da competência no que se refere ao âmbito federal ou estadual, diante das dificuldades existentes na identificação dos legitimados passivos nas demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos.

2. O INTERESSE DO ENTE FEDERAL PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição da República, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo, estando caracterizada especialmente nas causas em que a União, suas autarquias ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Pode ser encarada sob dois aspectos: competência cível geral e competência cível específica.

A regra matriz na definição da competência cível geral está no art. 109, I, da Constituição Federal, que dispõe ser de competência dos juízes federais *“as 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”*.

Segundo lição do Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, *“dois requisitos são, constitucionalmente, obrigatórios, para que o feito já tenha, desde o nascedouro, o berço da Justiça Federal: 1) o interesse da União, ou do ente federal, e a 2) sua posição processual”* (2005, p. 46).

E o interesse da União, para efeito de definição da competência da Justiça Federal, deve ser direto, qualificado, e não de ordem reflexa.

De outro lado, tudo o que não cabe na competência das justiças especiais e da Justiça Federal é da competência da chamada Justiça Comum Estadual, por exclusão.

3. A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA – FEDERAL OU ESTADUAL – NAS DEMANDAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A controvérsia sobre fornecimento de medicamentos, inserida no âmbito do direito à saúde, tornou-se matéria recorrente no Poder Judiciário, a

comportar tutela específica para além da esfera política, na esteira da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais da pessoa humana (arts. 6º e 196 da Constituição Federal/1988).

Sem embargo do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, é necessário o estabelecimento de parâmetros objetivos à identificação dos legitimados passivos ao cumprimento do desiderato constitucional de acesso universalizado ao serviço de saúde, sob pena de desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

De fato, a leitura do texto constitucional (Título VIII, Capítulo II, Seção II) permite inferir que as ações e serviços públicos de saúde compõem um sistema único, com financiamento solidário por todos os entes políticos (União/Estados/Distrito Federal/Municípios).

Ocorre que a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais de regência do direito à saúde (e, conseqüentemente, ao fornecimento de medicamentos) demonstra que a responsabilidade solidária entre os entes políticos, assentada na lógica de custeio solidário do sistema e da competência administrativa comum (art. 23, II, CF), é insuficiente ao estabelecimento da legitimidade processual para responder a demandas como a que ora se põe.

Reconhecendo também a necessidade de sanar inconsistências do atual modelo de legitimidade processual solidária dos entes políticos, cita-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO ESPECIAL. CHAMAMENTO AO PROCESSO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. 1. A União Federal é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. 2. É possível definir a responsabilidade do gestor de acordo com o medicamento que se está buscando judicialmente. Caso seja possível identificar qual gestor é responsável pela aquisição e dispensação, de acordo com a respectiva lista, este será o responsável direto pela omissão em fornecer medicamento. 3. Assim, dos diversos protocolos e atos administrativos que compõe, regulam e orientam o Sistema Único de Saúde, é de se concluir que os Municípios não têm atribuições para dispensação de medicamentos excepcionais, cuja atri-

buição recai sobre os Estados, que receberam recursos parciais do Ministério da Saúde para custear estas despesas. Compete aos Municípios, assim, a distribuição de medicamentos básicos, o que não é o caso dos autos. 4. Agravo de instrumento provido. (TRF4/3ª Turma - AG 200904000107429 - Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO - D.E. 18/11/2009)

A temática não passou despercebida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em artigo sobre o tema. Segundo o jurista, o Poder Judiciário vem entendendo possível responsabilizar os entes da federação solidariamente, considerando a competência comum. No entanto, afirma que esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos.

A rigor, a própria Constituição estabelece que o direito à saúde será garantido mediante políticas públicas (art. 196).

Assim, ao estruturar o sistema em rede descentralizada e regionalizada, o constituinte visou à otimização do atendimento integral conforme o interesse direto e imediato do ente federativo para determinado segmento da assistência à saúde e, por conseguinte, à obtenção de fármacos (política pública).

Logo, para fins de certificação do legitimado passivo e da respectiva competência jurisdicional sobre a causa, impõe-se, claramente, o estudo da Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, qualificando os interesses diretos e imediatos que a informam.

4. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Assistência Farmacêutica (AF) do Sistema Único de Saúde (SUS) é política pública multidisciplinar que reúne um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, garantida pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade, tendo o medicamento como insumo essencial e seu acesso e uso racional como diretrizes de fomento. Atualmente, é regulamentada pela Resolução MS/CNS n. 338, de 06.05.2004.

De acordo com a Portaria MS/GM n. 204, de 29.01.2007 (e alterações posteriores), as especificidades de ações e dos serviços de saúde pactuados determinam a existência dos seguintes componentes de AF:

- I - Componente Básico da Assistência Farmacêutica;
- II - Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e
- III - Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (antigo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional).

Como todas as esferas de governo integram o SUS, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional” (art. 23, parágrafo único, CF).

A atribuição de competência administrativa comum (art. 23, II, CF) não significa que o propósito da Constituição seja superpor as ações dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a qualquer questão de saúde e de medicamento. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Neste sentido, a lógica da estrutura em componentes da AF revela o método mais coerente à identificação do ente político responsável por sua gestão e, em decorrência, da identificação da jurisdição competente.

Primeiro, porque os componentes da AF, da forma em que estão organizados em nosso ordenamento, evidenciam o interessado direto e imediato em sua gestão.

Segundo, pois atende à Lei n.º 8.080/90, na parte de definição de competências para cada ente federativo.

Nesse aspecto, somente devem ser processados na Justiça Federal os feitos envolvendo medicamentos inseridos em componentes da AF cujo interesse direto e imediato em sua gestão pertença à União ou a sua administração direta/indireta.

Então, cumprem o esboço de cada componente e a apresentação da regra de competência da justiça federal porventura existente.

4.1 COMPONENTE BÁSICO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Nos termos do art. 25 da Portaria MS/GM n. 204/2007, o “*Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde e àqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da atenção básica*”.

A gestão deste componente é exercida pelos Municípios, Estados e Distritos Federal (artigo 8º da Portaria MS/GM n. 1.555, de 30.07.2013).

Excepcionalmente, alguns medicamentos são reservados à gestão exclusiva da União, a exemplo da insulina humana NPH e regular (artigo 5º da Portaria MS/GM n. 1.555, de 30.07.2013) e medicamentos contraceptivos e insumos do Programa Saúde da Mulher, constantes do Anexo I e IV da RENAME vigente (artigo 6º).

Nesse último grupo, não foge à competência federal o fornecimento de medicamentos correlatos, haja vista a regra constitucional de integralidade do tratamento de saúde.

Portanto, a legitimidade da União para figurar em ações sobre medicamentos do componente básico e, em consequência, a competência da Justiça Federal, somente ocorrerá em se tratando de fármacos reservados à gestão exclusiva da União, conforme acima indicado.

4.2 COMPONENTE ESTRATÉGICO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Medicamentos estratégicos são aqueles utilizados para o tratamento de um grupo de agravos específicos, agudos ou crônicos, contemplados em programas do Ministério da Saúde com protocolos e normas estabelecidas.

A rigor, são catalogados como estratégicos todos os medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico e que tenham impacto socioeconômico, na esteira de metas de controle e eliminação exigidos pela Organização Mundial de Saúde.

Também se incluem, aqui, os medicamentos cuja aquisição depende de licitação internacional.

O artigo 26 da Portaria MS/GM n. 204/2007 traz um elenco sumário, verbis:

Art. 26. O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica destina-se ao financiamento para custeio de ações de assistência farmacêutica nos seguintes programas de saúde estratégicos:

- I – Controle de endemias, tais como a Tuberculose, Hanseníase, Malária, Leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional;
- II – Anti-retrovirais do programa DST/AIDS;

- III – Sangue e Hemoderivados; e
- IV – Imunobiológicos.

Acrescente-se, outrossim, que, conforme o parágrafo 2º do art. 1º da Portaria MS/GM 4.217/2010, os insumos para o combate ao tabagismo e para a alimentação e nutrição passaram a integrar o componente estratégico dos medicamentos.

Quanto à gestão deste componente, observa-se, do anexo I-d da Portaria MS/GM n. 204/2007, que a aquisição dos medicamentos estratégicos é centralizada no Ministério da Saúde (MS), cabendo ainda ao MS a responsabilidade pelos Protocolos de tratamento, planejamento, aquisição centralizada e distribuição aos Estados.

Destarte, evidencia-se plenamente a legitimidade da União para responder a demandas sobre medicamentos do componente estratégico, consoante as seguintes hipóteses de aferição:

- I- Agravo específico constante de programa de saúde estratégico do SUS, catalogado, ao menos no seu gênero, no art. 26 da PT 204/2007 (ou na lista atualizada do site do MS);
- II- Medicamento que exija aquisição por licitação internacional;
- III- Medicamento que esteja relacionado ao tratamento de doença endêmica cujo controle e/ou eliminação sejam impostos pela OMS.

Dessa forma, apenas, nesses casos, a competência da Justiça Federal estará delineada.

4.3 COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA (CEAF)

O CEAF encontra-se regulamentado pela Portaria MS/GM nº 1.554, de 30.07.2013, tratando-se de mais uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS.

Sua principal característica é a busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em sede ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)

do MS para agravos importantes, tanto do ponto de vista epidemiológico quanto clínico, em todas as fases evolutivas da doença (art. 2º, da PT n.º 1.554/2013).

Os medicamentos que constituem as linhas de cuidado para as doenças contempladas, neste Componente, estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas:

- Grupo 1 - Medicamentos sob responsabilidade da União
- Grupo 2 - Medicamentos sob responsabilidade dos Estados e Distrito Federal
- Grupo 3 - Medicamentos sob responsabilidade dos Municípios e Distrito Federal

Neste sentido, é pertinente a transcrição de excerto da portaria em tesilha para compreensão do esquema de organização do CEAF:

Art. 4º Os grupos de que trata o art. 3º são definidos de acordo com os seguintes critérios gerais:

- I - complexidade do tratamento da doença;
- II - garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e
- III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Art. 5º O Grupo 1 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

- I - maior complexidade do tratamento da doença;
- II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;
- III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
- IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

Art. 6º O Grupo 2 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

- I - menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e
- II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

Art. 7º O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos

constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

O elenco de medicamentos de cada grupo está descrito nos anexos da citada portaria e pode ser visualizado na página “<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/14/Anexos-i-ii-iii-iv-v-vi-pt-gm-ms-1554-2013-ATUALIZADO--1-.pdf>”.

Insta anotar, todavia, que, com arrimo no art. 17 da portaria em comento, o Ministério da Saúde, em pactuação na CIT (Comissão Intergestores Tripartite), poderá avaliar a transferência, em qualquer momento, de medicamentos deste Componente para outros Componentes do Bloco da Assistência Farmacêutica ou a transferência entre os Grupos 1, 2 e 3, garantindo a disponibilização desses medicamentos no âmbito do SUS e o equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão.

Desta forma, uma vez delineados, com nitidez, os interesses na gestão dos respectivos sub-componentes do CEAF, a legitimidade passiva do ente federal e, com efeito, a competência da Justiça Federal, afiguram-se nas seguintes hipóteses:

- I- Medicamentos elencados no Grupo I, mesmo para aqueles adquiridos pelo Estado/DF, mas por repasse federal e desde que respeitada a diretriz do art. 5º da portaria em testilha (há fiscalização e interesse direto da União – inteligência da súmula 208 do STJ);
- II- Medicamentos e/ou doenças excepcionados da competência de outro ente político, através de ato específico, nos moldes do art. 17 da Portaria MS/GM n.º 1.554/13.

5. PECULIARIDADE NA GESTÃO DOS MEDICAMENTOS ANTINEOPLÁSICOS

Os medicamentos oncológicos inserem-se em contexto de maior especialidade, pois não integram as tabelas do SUS, porém compõem o Sistema de Autorização para Procedimentos de Alta Complexidade (APAC).

A indicação de uso de um medicamento antineoplásico é sempre de

atribuição do médico assistente do doente, conforme protocolos de tratamento fundamentados em evidências científicas e adotados na instituição em que este médico atua (UNACON, CACON ou Serviço Isolado de Quimioterapia).

Infere-se que a assistência oncológica possui sistemática própria, visando a conferir ao usuário do SUS a integralidade do atendimento.

Repise-se, com fundamento na Portaria MS/GM n.º 2.439/05, que os medicamentos necessários são escolhidos pelo médico assistente do paciente, conforme condutas definidas pela Unidade de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou pelo Centro de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), sendo a instituição hospitalar responsável pela aquisição e dispensação de medicamentos para tratamento oncológico, o que inclui quimioterápicos, hormonioterápicos, medicamentos para efeitos colaterais etc.

Entretanto, apesar de não haver categorização formal em qualquer dos componentes da AF sobreditos, é evidente que os fármacos de tratamento do câncer se equivalem, em sua essência, aos medicamentos do componente especializado da AF/SUS.

Assim, por se tratar de medicamento de alto impacto financeiro, bem como de doença de maior complexidade (art. 5º da Portaria MS n.º 1.554/2013), estão delineados o interesse federal direto e imediato e a legitimidade da União para gerir o “componente diferenciado” de fármacos antineoplásicos.

Nesta hipótese, a competência para processar e julgar a demanda será da Justiça Federal.

6. CONCLUSÃO

Estas são as diretivas essenciais ao trato da matéria. Seu maior propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem a legitimidade passiva no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos, sem afetar a própria continuidade das políticas de saúde pública.

De fato, a interpretação sistemática das normas que regem a matéria demonstra que a responsabilidade solidária entre os entes políticos, assentada na lógica de custeio solidário do sistema e da competência administrativa

comum (art. 23, II, CF), é insuficiente ao estabelecimento da legitimidade processual para responder a demandas como a que ora se põe.

Nesse sentido, a competência da Justiça Federal apenas estará assentada quando delineado interesse federal no processo e julgamento da causa.

Logo, para fins de certificação do legitimado passivo e da respectiva competência jurisdicional sobre a causa, impõe-se, claramente, o estudo da Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, qualificando os interesses diretos e imediatos que a informam.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 30 jun 2014.

BRASIL. Resolução n.º 338, de 6 de maio de 2004, do Conselho Nacional da Saúde. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 maio 2004. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/05/2004&jornal=1&pagina=52&totalArquivos=72>>. Acesso em: 30 jun 2014.

BRASIL. Portaria MS/GM n.º 204, de 29 de janeiro de 2007, do Ministério da Saúde. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 jan. 2007. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/01/2007&jornal=1&pagina=45&totalArquivos=100>>. Acesso em: 30 jun 2014.

BRASIL. Portaria MS/GM nº 1.554, de 30 de julho de 2013, do Ministério da Saúde. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 jul. 2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=69&data=31/07/2013>>. Acesso em: 30 jun 2014.

BRASIL. Portaria MS/GM nº 1.555, de 30 de julho de 2013, do Minis-

tério da Saúde. Dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 jul. 2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/07/2013&jornal=1&pagina=71&totalArquivos=128>>. Acesso em: 30 jun 2014.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da justiça federal**. 6ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA RECEPÇÃO, OU NÃO, DO ART. 47 DA LEI 6880/80 E A RESISTÊNCIA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

Arlindo Eduardo de Lima Júnior

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.

Resumo: Promulgada a Constituição em 1988, agora com natureza jurídica e não mais política, houve a necessidade, por parte de toda ordem jurídica, de adequações. Também ocorrera a recepção de várias normas pretéritas, porém não conflitantes com a ordem inaugurada, ao menos em tese. O problema observado e apresentado, neste artigo, explora a perpetuação do Art. 47 da Lei 6880/80 que possibilita a Regulamento cercear a liberdade de um indivíduo em evidente afronta à ordem expressa decorrente do Art 5º, Inc LXI da Carta Magna.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito administrativo militar. Sujeição especial. Recepção.

Sumário: 1. A constitucionalização e o direito administrativo. 2. Há diferença entre o direito administrativo “civil” e o “militar”? Em que pontos? A questão da sujeição 3. O fenômeno da recepção constitucional. 4. A “hierarquia e disciplina” em duas facetas: da Constituição para o resto do ordenamento. 5. A contribuição da jurisprudência para a manutenção da não constitucionalização do direito administrativo. Considerações finais

INTRODUÇÃO

A questão, aparentemente tranquila, do debate em torno da recepção do art. 47 da Lei 6880/80, se não desperta, na maioria dos juristas, uma mínima curiosidade sobre as consequências de sua manutenção como ruído desagradável, deveria despertar uma série de dúvidas sobre o que se poderia chamar de constitucionalização do direito.

Questões como: deve a norma infraconstitucional adequar-se à constitucional? Pode a lei confrontar-se diretamente com a Constituição? O Judiciário deve intervir para harmonizar a ordem jurídica? Todas estas questões estão presentes nesse debate, e com respostas nada animadoras.

Não estando o leitor diante de nenhum grande doutrinador do direito administrativo, e, sim, de um estudante, só se vê em condições de garantir a franqueza nos argumentos e impressões aqui apresentados. Ainda assim, espera-se que este possa ter conteúdo suficiente para despertar a mesma dúvida em outros estudiosos para que reflitam sobre a desarmonia que habitualmente apresentam os professores nas aulas.

Nestas breves linhas, tratar-se-á de assunto não muito abordado que é o direito administrativo militar. Os lentes, por hábito, tendem a abordar de um tudo, menos este ramo, tão importante quanto os demais para a ordem jurídica.

É um bom começo apresentar o Artigo da Constituição, que é ponto de partida para o debate, nestes termos:

“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:

...

LXI - **ninguém será preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;**” (grifos nossos)

Na sequência o Artigo da Lei 6880/80 que disciplina os casos de cerceamento de liberdade no direito administrativo militar, como se observa:

“Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e **estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares**, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º **As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.”** (grifos nossos)

Tal fenômeno, o alinhamento da ordem infra à constitucional, ocorreu em vários setores, mas, nesse (direito administrativo militar), parece haver uma omissão voluntária quanto ao enfrentamento direto do tema. Enquanto isso, a ditadura que acabou para os cidadãos civis do país, segue quase sem freios dentro dos quartéis, apesar de opiniões divergentes de alguns juristas não muito conhecedores da vida na caserna, mas que, com muita coragem, intentam trazer à luz o tema.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Parece lugar comum, aqui no Brasil, que a constitucionalização do direito ocorreu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Sobre isso, os juristas festejaram e escreveram, com a intenção de alertar aos vindouros que, a partir daquele momento, toda a ordem infra-constitucional deveria estar alinhada aos ditames editados pelo povo por intermédio de seus representantes.

Sobre o que foi a constitucionalização do direito no Brasil, válidas as lições de José Afonso da Silva:

“Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação

jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”¹

Nessa esteira, sem desviar em nada desta lição, Celso Antônio, ao discorrer sobre condicionantes negativas do poder de supremacia estatal, assevera, dentre várias, a seguinte:

“a) não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;”²

Parece clara, após as citações, que caberia à Constituição alumiar tanto os desajustes, desfazendo-os, quanto os temas não abordados de modo a dar-lhes tratamento digno. Porém, o que se observa, mais de 25 anos após a promulgação, é a resistência do Legislativo em produzir as normas exigidas pela Constituição (como no caso da greve) e do Judiciário em extirpar de vez normas, ainda aplicadas, mesmo em flagrante oposição a comando expresso, ainda mais sobre direitos fundamentais.

Não parece ter havido exceção a nenhum ramo do direito, mesmo o administrativo, que aparece eviscerado na Constituição que delimita sua feição e circunscreve seu campo de incidência. Neste caso, opondo limite idôneo a salvaguardar os princípios inscritos no art 1º, os direitos fundamentais e o interesse público.

Sobre este, afirma Isabelle de Baptista ser o interesse do povo (da coletividade) e não qualquer outro imaginado pelo Estado. O interesse público para o Estado deve ser efetivar os comandos da Constituição que lhe dá vida. A autora faz o contraponto, nos seguintes trechos:

“O princípio da supremacia do interesse público adentra o ordenamento jurídico brasileiro nesse espírito de imposição de uma superioridade *a priori*, não para fins de realização das razões de Estado, mas para o exercício de uma desigualdade

1 Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo 2009

2 Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. Malheiros Editores São Paulo. 2009

frente aos interesses particulares, apenas para a imposição e satisfação dos direitos e garantias fundamentais, inseridos na atual ordem constitucional, como legítimos interesses públicos.

...

Todavia, parte-se da premissa de que a satisfação do interesse público secundário não efetiva diretamente direitos fundamentais e, nesse caso, a Administração Pública não está constitucionalmente autorizada a exercer o tratamento pautado na desigualdade para fins de efetivar interesses patrimoniais do Estado. Em caso de conflito entre o interesse privado e público secundário, deve prevalecer o interesse do primeiro, sob pena de violação ao núcleo essencial da Constituição.”³

Apesar de ser complicado conceituar o que seria o interesse público, há apontamentos de alguns estudiosos, como Celso Antônio que leciona:

“O que fica visível, como fruto destas considerações, e que existe de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas, singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. Pois bem, é este último interesse que nomeamos de interesse do todo ou interesse público.”⁴

Para Alice Borges seria:

“O interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou man-

3 Baptista, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à Luz dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito. Revista TCE/MG. jan.|fev.|mar.|2013| Doutrina

4 Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo.

ter em sua própria esfera de valores.”⁵

Da mesma autora parte o seguinte alerta, que muitos estudiosos do direito não têm dado a mínima atenção:

“É preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo, - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática.”⁶

Estabelecidas as balizas para a boa acomodação da ordem administrativa militar à ordem constitucional vigente, que se passe ao direito infraconstitucional.

2. HÁ DIFERENÇA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO “CIVIL” E O “MILITAR”? A QUESTÃO DA SUJEIÇÃO

Aqui se está diante de um ponto no qual os autores se apegam para fundamentar a discriminação existente entre a ordem administrativa castrense e a civil. Mesmo concordando, em alguma medida, com os argumentos apresentados, há que se reconhecer que, ao menos em um ponto, ambas são iguais em essência: nenhuma das duas pode estar em oposição à Constituição do país.

É uma obviedade, considerando a constitucionalização do direito pátrio, levada a efeito com a promulgação da Constituição de 1988.

Aqui, em duas etapas de exame sobre o que viria a ser a sujeição sobre a qual pendulam os juristas, poder-se-á verificar a má compreensão, ou não, a respeito do ponto examinado.

Em um primeiro plano, apartam a sujeição comum de um particular e a sujeição, esta especial, do servidor público em relação ao poder público constituído. Enquanto neste há uma relação hierárquica, nos moldes da empregatícia, naquela não há. Trocando em miúdos:

5 Borges, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Número 26 – maio/junho/julho - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861

6 Op. Cit.

“As relações de sujeição geral são aquelas existentes entre o Estado e os administrados em geral, independente de qualquer vínculo de aproximação. A sujeição geral decorre direta e unicamente do poder de império estatal, de sua posição privilegiada em relação aos cidadãos.

...

Há, também, relações em que se estabelecem entre indivíduos e o Estado que são marcadas por um especial vínculo específico decorrente ou não da vontade do indivíduo, em que há redução da liberdade do indivíduo e, de outro lado, há majoração das prerrogativas estatais. À restrição da liberdade geral tendo como oposto o aumento das prerrogativas gerais estatais em razão de uma dada relação jurídica dá-se o nome de relação especial de sujeição ou relação especial de supremacia.”⁷

Neste segundo passo, há que se responder à seguinte pergunta: os servidores públicos, tanto civis quanto militares, mantêm uma relação de sujeição especial com o poder público para o qual trabalham? Há alguma diferença nesta sujeição especial? Uma deve estar alinhada à Constituição e a outra, não? Resumindo: há uma sujeição especial para o servidor civil e outra para o servidor militar?

Há dois trabalhos muito interessantes nesta seara, sendo um deles de Farlei Martins Riccio de Oliveira que, apesar de desconsiderar totalmente a questão sobre a recepção, ou não, do Art. 47 da Lei 6880/80, sem a mínima fundamentação, trata da sujeição especial que em nada difere do tratamento dado por Miriam Wimmer.

Farlei Martins faz a seguinte colocação, diferenciando a sujeição especial da comum:

“Com efeito, o regime especial de sujeição abrange as pessoas que mantêm com o ente estatal vinculação jurídica, que dá ensejo a um regime específico, caracterizado por uma sujeição mais estreita do particular perante o Estado. Ao contrário do regime de sujeição geral, decorrente do poder de império estatal, atinge a todos os indivíduos que se encontram sobre o

7 Puccetti, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. São Paulo. 2010.

território do Estado, indiscriminadamente.”⁸

Especificamente sobre a sujeição especial militar, declina o seguinte:

“As precedentes considerações doutrinárias demonstram, a toda evidência, que o militar encontra-se na categoria de especial sujeição estatal, com a agravante dos deveres de obediência aos princípios da hierarquia e disciplina, das vedações constitucionais, e dos deveres e obrigações previstas no seu estatuto funcional.”⁹

Cabem algumas breves observações. Primeiro, ele não vislumbra uma sujeição especial, ao menos em primeiro plano, para os dois grupos de servidores; apenas assevera a existência de prescrições específicas sobre o a hierarquia e disciplina, insertas na própria Constituição. Então, os efeitos do enunciado do Art. 142 da Carta espraia-se para o ordenamento castrense, mas em nada afetaria, ou conflitaria, com os direitos fundamentais, esses que são tidos como cláusulas pétreas e superiores até ao princípios castrenses.

O trabalho de Miriam Wimmer, ao contrário, concentra-se em investigar a própria natureza da sujeição especial; já se pôde observar que não há natureza distinta dessa em relação aos dois grupos. Ambos se espraiam da constituição, só que com naturezas distintas em relação aos servidores que regerão.

O resumo do trabalho já apresenta, em linhas gerais, tanto o percurso do instituto, quanto o entendimento da autora, bem como sua advertência sobre a (in)adequação da sujeição especial, importada da Alemanha, à ordem constitucional brasileira pós-1988, a saber:

“Ao final, busca-se demonstrar que a categoria das relações especiais de sujeição é, em sua formulação original, incompatível com a teoria constitucional contemporânea; e, em sua formulação moderna, um instrumento a ser usado com extrema cautela, em virtude de seus inerentes riscos antidemocráticos.”¹⁰

8 Oliveira, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do Exército (decreto 4346/2002). Revista SJRJ, Rio de Janeiro, p. 57-77, 2010.

9 Op. Cit.

10 Wimmer, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. DIREITO PÚBLICO Nº 18 – Out-Nov-Dez/2007 – DOUTRINA BRASILEIRA

Em outra passagem do texto, ela se depara com o mesmo problema que se estar a investigar, modestamente e sem a qualidade exigida: a falta de maior zelo na investigação que desemboca na aplicação de instituto proveniente de outro país sem a adequação aos ditames vigentes, da seguinte maneira:

“Há, no Brasil, um certo consenso doutrinário e jurisprudencial de que os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo, desde que respeitadas as normas constitucionais, sofrer restrição em face a razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades. Todavia, não há ainda um esforço doutrinário no sentido de estabelecer limites e traçar parâmetros para tais restrições nos casos em que o indivíduo se encontra inserido numa relação especial com o Estado.”¹¹

Prosseguindo, ela faz a seguinte constatação, que seria excelente se ocorresse em todas as vertentes do direito administrativo, dando seguimento:

“Nada obstante, as decisões de nossos tribunais tendem a rechaçar a tese de que seria possível o afastamento da incidência dos direitos fundamentais, do princípio da reserva legal em matéria sancionatória e do controle jurisdicional com fundamento num pretensão “poder especial” da Administração Pública. Na verdade, tem-se entendido que embora em alguns casos sejam admissíveis (i) restrições a direitos fundamentais, (ii) uma menor exigência quanto à densidade normativa da lei e (iii) uma incidência reduzida do controle jurisdicional, a intensidade das restrições ou minorações deve ser razoável e proporcional à luz do nosso sistema constitucional e face aos fatos concretos sob análise.”¹²

Realmente, verificando que apenas o julgado do TRF da 4ª Região, bem como o Ministro Cezar Peluso, como se verá, pronunciaram-se pela não recepção do art. 47 da Lei 6880/80, parece incontestemente concluir que o restante do poder judiciário não atinou para tão grave e relevante questão. O que não se entende é o motivo de tal atuação não ocorrer em relação, justamen-

11 Op. Cit.

12 Op. cit.

te, à preservação do Art. 5º, Inc LXI, que protege um direito fundamental daqueles que por este país caminham: a liberdade de locomoção.

3. O FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL

É justamente neste ponto nevrálgico no qual os juristas, que resolvem escrever sobre a “constitucionalidade” dos regulamentos militares, costumam praticar uma espécie de “salto em distância” jurídico. Isto no sentido de não abordar o tópico e concluir após “exame” sobre a recepção, que o Art. 47 teria sido albergado pela nova ordem vigente.

Dando seguimento, será verificável, ao final deste tópico, se eles abordaram o tema da recepção adequadamente, e, em caso afirmativo, se o resultado seria a recepção.

Sobre o que deveria ser, ou não, recepcionado interessante a seguinte citação:

“Se e quando houver ruptura na cadeia de sustentação do sistema – no caso de uma revolução vitoriosa, por exemplo -, a velha ordem, globalmente considerada, desaparecerá porque terá sido trocada a norma básica que lhe conferia atributos de juridicidade – fundamento, eficácia e vigência -, passando a vigorar, como direito novo, com o mesmo fundamento de validade, não apenas as normas editadas pelo poder recém-constituído, mas também aquelas que, embora positivadas, antes do fato revolucionário, e em consonância com os valores então prevaletentes, admitam recepção pelo sistema emergente ou leitura conforme a nova ordem estabelecida.”¹³

Válidas são as lições de Bobbio acerca do que seria, em linhas gerais, a recepção, quando esta aconteceria, a seguir:

“O fato de o novo ordenamento ser constituído em partes por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento,

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. Ver. Atual. – São Paulo. Saraiva. 2009

mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não e simplesmente permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.”¹⁴

Ao que tudo leva a crer, não fora feita uma análise sobre o que teria sido, ou não recepcionado pela nova ordem jurídica a partir de 1988 e, neste mesmo sentido, a assertiva de Menaged:

“No entanto, tal verificação é impossível, praticamente, fazendo com que, pelo fenômeno da recepção, se entenda que as normas infraconstitucionais, caso não sejam expressamente declarados como incompatíveis com a constituição, sejam automaticamente recepcionados.

As normas e atos infraconstitucionais materialmente (em seu conteúdo) compatíveis com a nova Constituição são automaticamente recepcionados. Já aqueles que forem materialmente incompatíveis, segundo o Supremo Tribunal Federal, não são recepcionados, acarretando sua revogação...”¹⁵

A impressão é de que a recepção aconteceu da seguinte maneira: como não há como realizar estudo prévio, que se considere tudo como recepcionado *prima facie*, para, posteriormente, conforme forem sendo suscitados os casos, o STF fará os devidos ajustes. Ver-se-á, no momento apropriado, que, sobre o tema examinado, o próprio Excelso Pretório já tivera a oportunidade de tomar posição sobre a tal “recepção”.

Normalmente, atropelando a investigação, partem da premissa que fora recepcionado e pronto.

Antes de tratar do Direito Administrativo propriamente dito, deve o jurista, por questão de zelo, fazer incursão em outras searas a fim de perscrutar sobre a viabilidade do trabalho produzido. Neste caso, deveria fazer uma

14 Bobbio, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Revisão Técnica Cláudio de Cicco. Brasília. Universidade de Brasília. 6ª Edição. 1995.

15 Menaged, Marcelo. O fenômeno e as formas de controle de constitucionalidade das leis. Série Aperfeiçoamento de magistrados. 2. Curso de Controle de Constitucionalidade. http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_168.pdf. acessado de 20 de abril de 2014.

análise, anterior, da constitucionalidade da norma que pretende defender.

O comando constitucional é expresso em afirmar que as hipóteses de prisão por transgressão ou crime militar serão tratadas por lei; se ordinária ou complementar é outra questão, porém é claro que se trata daquela que passa pelo crivo do poder legislativo e posterior sanção presidencial.

O parágrafo anterior pode ser tido como irrelevante para o debate, visto que as disposições sobre o cerceamento de liberdade em razão de transgressões disciplinares é disciplinada pelo Decreto 4346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército), ou seja, em total descumprimento ao exigido pela Carta Cidadã de 1988.

Porém, o Art 47 da Lei 6880/80, ao delegar a Regulamento disciplinar a matéria sobre o cerceamento de liberdade, estabelecendo seus limites, delega uma competência que ele mesmo não tem, em razão de confrontar diretamente seu fundamento de validade na nova ordem, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Sobre a inadequação do exposto no parágrafo anterior, válidas a lições de José Afonso:

“Outra diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) está em que o primeiro envolve primariamente uma situação de hierarquia das fontes normativas, enquanto o segundo envolve questão de competência. Starck, numa linha, disse-o com precisão: “Estas reservas especiais garantem, como normas de competência, que o legislador será quem regule tudo o que afeta os direitos fundamentais”.

...

É absoluta constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, “a lei criará”, “a lei poderá definir” etc.”¹⁶

Poder-se-ia acrescentar, sem dificuldades dentre as reservas absolutas, a fórmula: “definidos em lei”, como se verá.

Aqui cabe uma pequena digressão sobre a distinção entre norma e lei. A importância de tal apresentação, ainda que breve, é esclarecer que: da

16 Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo 2009

reserva de lei decorre para o Estado a produção de Lei de acordo com o devido procedimento legislativo; já da reserva de norma seriam cabidos outros atos como regulamentos, decretos, etc.

Sacha Calmon Navarro Coelho, sobre a diferença entre norma e lei, ensina:

“De tudo quanto vimos, sobraram-nos algumas verdades: as normas não são de um só tipo, e o esboço de uma tipologia servirá para situar a norma tributária. Além disso, as normas jurídicas não se confundem com as leis e os costumes que compõem o universo legislativo.

...

Para nós, com supedâneo na teoria da norma jurídica, é absolutamente necessário distinguir, isto sim, o plano da lei do plano da norma. A lei é um ente positivo. A norma é um ser lógico. Pode até haver coincidência entre lei e norma, caso raro. Normalmente a norma decorre de um conjunto de leis.”¹⁷

O STF, ao julgar o HC 85060/PR/2008, debruçou-se sobre a questão, porém vale ressaltar que relevante ao estudo foi o debate em torno da expressão “em virtude de lei”. Se ela significaria exigência de Lei *stricto sensu* ou se seria a Lei mandando fazer; neste caso, a norma, que poderia ser resultado de outras fontes normativas diversas da Lei (regulamentos, decretos, entre outros).

O caso, da seara penal, apontava possível ofensa ao princípio do juiz natural tendo em vista que a especialização de algumas subseções foi feita por meio de Resolução (o princípio do Juiz Natural não fora afetado visto apenas ter ocorrido especialização nas subseções, isto permitido por Lei). Impositivo observar que o caso estudado neste trabalho é o cerceamento de liberdade por Regulamento.

Após debate em torno do ponto já citado, não fora observado consenso em torno da questão se a expressão “em virtude de lei” possibilitaria regramento somente por intermédio de Lei *stricto sensu*, ou se franquearia a regulamentos e decretos disciplinar o comando inserto no art. 5º, Inc II.

Relevante mesmo, ao menos nisto eles concordam, é que há dispositivos da Constituição que exigiriam a produção de Lei para disciplinamento de

17 Coelho, Sacha Calmon Navarro. Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 98, jul./dez, 2008

condutas, apresentando como exemplos os artigos 150, inc. I e 170, parágrafo único. O Relator, a fim de discriminar as hipóteses nas quais caberiam Lei *stricto sensu* ou Regulamentos ou Decretos, por exemplo, trata de reserva absoluta, para a primeira, e reserva relativa para a segunda.

Este estudo interessa-se pela reserva absoluta, tal como tratado pelo Relator. Citando os artigos 5º, inc. XXXIX, 150, inc. I e 170, parágrafo único, faz a seguinte assertiva: “a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, **que os defina.**”¹⁸

Em outra passagem, debatendo acerca da relatividade, ou não, da expressão “em virtude de lei”, o Ministro Sepúlveda Pertence, explica: “Penso que “em virtude de lei”, com toda virtude que Vossa Excelência emprestou à lei, é menos do que não haverá crime sem prévia definição em **lei.**”¹⁹ (grifo nosso)

Feitas essas observações, parece claro que, havendo exigência de Lei *stricto sensu*, isto observável na construção do dispositivo normativo, não há espaço para a tentativa de superação da exigência constitucional por meio de outras fontes como Regulamentos, por exemplo.

Este é o caso do art. 5º, Inc LXI, *in verbis*: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;**” (grifo nosso)

Palpável a conclusão pela não recepção do Art. 47 da Lei 6880/80, ao menos no que autoriza que regulamento discipline as hipóteses, vedadas pela própria Constituição, de cerceamento de liberdade, à luz do Art. 5º, Inc LXI.

Por derradeiro, conseqüentemente, importante ressaltar que há quem pugne pela “represtinação” do Decreto 90608/84 (este não é Decreto-Lei, recepcionado como lei ordinária). Não parece merecer acolhida tal posição, bastando verificar que a não recepção do art. 47 da Lei 6880/80, combinada com a inexistência do decreto autônomo no Brasil já importam em óbices robustos ao êxito de tal intento.

18 HC 85060/PR. Supremo Tribunal Federal. 23 de setembro de 2008.

19 HC 85060/PR. Supremo Tribunal Federal. 23 de setembro de 2008.

4. A “HIERARQUIA E DISCIPLINA” EM DUAS FACETAS: DA CONSTITUIÇÃO PARA O RESTO DO ORDENAMENTO

Muito é ouvido e lido sobre a hierarquia e disciplina, “princípios” basilares de uma organização castrense. Mas aí saltam as questões: a hierarquia e disciplina, às quais os militares estão submetidos, não tem limites? Elas mesmas podem transgredir em relação à Constituição? São estas questões que se tentará dar abertura a respostas produtivas.

Primeiramente, cabido é deitar linhas sobre o primeiro nível de hierarquia e disciplina, assim fica claro para os militares não muito afetos às leis, a jurídica.

Atualmente, com a constitucionalização do direito, parece claro a todos os que entabulam relações com o direito sejam pesquisadores, sejam aplicadores que toda a norma deve estar sob a luz dos comandos constitucionais sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, por via de consequência, fulminadas do ordenamento por incompatibilidade.

Quer dizer, parece claro até alguém se deparar com a postura do judiciário em relação às ações que versam sobre o Art. 47 da Lei 6880/80 e seus desdobramentos como será visto no próximo tópico.

Retornando, haveria que, primeiro, observar o alinhamento entre as normas infraconstitucionais e se ofenderiam, ou não, direitos fundamentais, que são cláusulas pétreas, para só então recepcionar, ou não, total ou parcialmente, as normas provenientes da ordem jurídica pregressa.

Em um segundo nível, a hierarquia e disciplina, como princípios da ordem castrense, em nada confrontam com os direitos fundamentais, bem verdade a estrutura serve para garantir, decorrente da articulação bem ordenada da defesa, a manutenção de tais direitos.

Sobre o que viria a ser a “hierarquia e disciplina” no âmbito das Forças Armadas (creio que são válidas para qualquer lugar onde se tenha um chefe e um subordinado), prestimosos os esclarecimentos de Jorge Luiz Nogueira de Abreu, assim:

“A disciplina militar consiste na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que regem a vida castrense. Materializa-se por meio do perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos membros das Forças Armadas.

...

A hierarquia militar é a ordenação vertical e horizontal da autoridade dentro da estrutura das Forças Armadas”²⁰

Parece minimamente claro que ambos os conceitos não conflitam, nem pretendem, com os direitos fundamentais que lastreiam toda a ordem jurídica pátria. A despeito de quaisquer ataques lançados no sentido de usar estes primados da ordem castrense para subtrair os direitos, instituídos como cláusulas pétreas, dos integrantes das Forças Armadas, sob a justificativa de uma “sujeição especial”, esta já examinada.

Assim sendo, a estrutura merece reparos exatamente onde sua ordem ofende os direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos dentro do país, do nacional ao estrangeiro, do rico ao pobre, do civil ao militar, etc.

Reforçando: da hierarquia e disciplina, como princípios castrenses, não deve o jurista tentar fazer ponderações entre estes e as garantias, inscritas como cláusulas pétreas, como as: do devido processo legal, da exigência de lei expressa sobre os casos de prisão por transgressão disciplinar (entendendo, neste caso, todas as hipóteses de cerceamento de liberdade: do impedimento disciplinar à prisão), entre outras.

Se há fundamento para se ponderar entre os princípios que hão de incidir apenas sobre o regime castrense de “sujeição especial” e os direitos fundamentais, que seja apresentado.

A primeira defesa que se há de fazer, em um país, é da ordem jurídica, e esta só pode ser tida como feita, quando os poderes instituídos conseguem manter toda a legislação em harmonia com a Constituição e, em caso de divergência, excluindo as infraconstitucionais. Não proteger a soberania é descumprir a constituição, da mesma forma não fazer o mesmo em relação aos direitos fundamentais, entre outros.

Que fique claro! Não se está a defender a ilegalidade total do Decreto 4346/02 e da Lei 6880/80; o que se defende é a não recepção das disposições construídas pela combinação de ambas e que viabilizam hipóteses de cerceamento de liberdade decorrentes de Decreto, quando a Constituição exige expressamente Lei. Resumindo: é exigir o cumprimento da Carta, quando esta exige Lei para disciplinar as hipóteses de prisão por transgres-

20 Abreu, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2010.

são e crime militar, só isso.

5. A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PARA A MANUTENÇÃO DA NÃO CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

Antes de passar ao exame proposto, vale um lembrete, este retirado da obra de Jorge Nogueira, como se segue:

“Adotando os fundamentos doutrinários acima, entendemos que a Constituição (art. 5º, LXI), ao se valer da expressão “definidos em lei”, condicionou o regramento da matéria à reserva de lei absoluta. Portanto, tornou-se defesa, após sua promulgação, a definição de transgressão disciplinar apenada com privação de liberdade por meio de decreto, portaria ou de qualquer outro ato administrativo normativo. Trata-se, na realidade de valorosa garantia fundamental ao direito à liberdade da pessoa humana, ver que impede o abuso e o arbítrio do poder público na imposição de restrições à liberdade de ir e vir.”²¹

Dando início ao tópico, propriamente dito, observável é que, em vários momentos, militares angustiados buscaram socorro na barra dos tribunais e o que observaram: juízes que, por algum motivo, simplesmente faziam o mesmo que alguns “pesquisadores”, partiam da premissa, sem qualquer fundamentação, que teria havido a recepção do Art. 47 da Lei 6880/80, assim reconhecendo a legalidade e vitalidade do Decreto 4346/02 e mantinham tanto o cerceamento de liberdade, quanto reforçavam a legalidade de uma ilegalidade. Tudo por não examinar adequadamente, ou ao menos com boa vontade, os argumentos apresentados.

Em emitir voto no Mandado De Segurança Nº 9.710 - DF (2004/0066791-6), de 6 de setembro de 2004, a Ministra Laurita Vaz, com respeito à inconstitucionalidade suscitada por um paciente preso disciplinarmente, entende ser constitucional a norma aplicada ao caso, sem explicar como o “regime próprio dos militares” poderia superar um direito fundamental expresso na Constituição²².

21 Abreu, Jorge Luiz Nogueira de. Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2010.

22 Conforme trecho de voto da Ministra Laurita Vaz: “Argúi o Impetrante, preliminarmente

No voto, ela não aclara de onde viria o fundamento da recepção da prisão imposta ao paciente. Mais que isso, faz um contraponto que não existe, a saber: entre os princípios da hierarquia e disciplina entre os militares e o direito fundamental a ter as hipóteses de cerceamento de liberdade definidas em lei, mesmo para crimes e transgressões militares.

Muitos, para afirmar a legalidade, aludem a uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3340) proposta pelo então Procurador da República e que teve negado o seguimento em 3 de novembro de 2005, tendo em vista a generalidade do pedido. Malogram no propósito.

O caso é o seguinte: O Decreto 4346/02 traz, em seu bojo, tanto transgressões punidas com advertência e repreensão em que não há cerceamento de liberdade, quanto hipóteses de cerceamento de liberdade no que toca ao impedimento disciplinar, detenção e prisão. Como o Procurador Geral pedia a extirpação de todo o Regulamento, firmou-se o entendimento pela impossibilidade de seguimento à ação, e não um reconhecimento de legalidade ao dito Regulamento. E mais, o então Ministro Cezar Peluso sustenta posição no sentido de já retirar a legalidade aos comandos destinados a aplicar as penalidades de cerceamento de liberdade já naquela ocasião²³.

te, a inconstitucionalidade da detenção militar, porquanto “não existe base legal para se decretar prisão militar com fundamento em Decreto Presidencial n.º 4.364/02 que contém o Regulamento Disciplinar do Exército” (fl. 14), haja vista depender de lei, consoante dispõe o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. No mérito, alega, em suma, cerceamento de defesa, na medida em que não foi pessoalmente ouvido, conforme previsão normativa, e “por duas vezes solicitou a explicação do que estaria sendo acusado. E nas duas não obteve [...] a resposta para suas indagações” (fl. 25). Assevera, ainda, que faltou a Parte geradora da acusação, que, aliás, considera ter sido genérica, causando-lhe irreparável prejuízo à defesa.

Não há o argüido direito líquido e certo amparável pela via mandamental. Como se sabe, e reconhece o Impetrante, a hierarquia e a disciplina são os pilares que sustentam as Forças Armadas (art. 142, da Constituição Federal, c.c. art. 14 da Lei n.º 6.880/80) cujos integrantes se submetem a regime próprio, distinto dos demais servidores do Estado (art. 3º da Lei n.º 6.880/80).” ADI 3340/STF

23 Conforme trecho de voto do Ministro Cesar Peluso: “A mim me parece que não é possível chegar-se a uma interpretação, pelo menos de maneira satisfatória, da norma do Inciso LXI, sem conjugá-la com a norma prevista no ar. 142, § 2º. Tenho por muito difícil ou impossível superar o obstáculo do texto, quando se refere a “definidos em lei”, para excluir o caso de transgressão militar. O fato de o adjetivo estar no plural não deixa nenhuma dúvida de que a Constituição exige que tanto o crime propriamente militar, como a transgressão militar hão de estar definidos em lei, para o efeito da norma.

Mas a norma não contém proibição de exercício de competência legislativa de caráter geral. A meu ver, prevê, pura e simplesmente, mais uma garantia de liberdade individual, no sentido de que prevê a tutela da liberdade no caso de prisão em flagrante ou de prisão de outra ordem, que deve ser sempre por escrito. Noutras palavras, essa norma não cuida de competência legislativa de caráter geral,

Ao fim, fica decidido negar seguimento ao feito, e não que o pedido tenha sido denegado, afirmando qualquer legalidade à prisão decorrente de regulamento.

Tudo muda com o julgamento do Habeas Corpus Nº 2009.04.00.034984-0/RS, julgado em 22 de outubro de 2009, no TRF da 4ª Região, reconhecendo-se a não recepção do Art. 47 da Lei 6880/80. Aqui, o Recurso Extraordinário, interposto pela Advocacia da União no sentido de reverter decisão que declarou a não recepção do artigo pela nova ordem vigente, teve “Repercussão Geral” reconhecida, em virtude do tribunal ter considerado não recepcionado o dispositivo aludido²⁴.

Parece que, agora, não há como fugir. Será possível verificar se Cezar Peluso estava certo ou não. Se a Constituição é carta política ou jurídica. Se há, ou não, uma constitucionalização do direito.

Resta clara a importância do judiciário tanto na apreciação da recepção de normas, quanto na preservação da incolumidade dos direitos fundamentais sem usar “princípios implícitos”, “ativismos”, etc. Apenas fazendo

mas estatui apenas uma proibição condicionada de restrição à liberdade individual, seja em caso de flagrante delito ou outro caso de prisão, quando a causa dessa prisão, sendo transgressão militar, não se encontre definida em lei. Ou seja, perante a norma, nada impede que o regulamento defina as transgressões militares, mas não é possível que regulamento comine pena de prisão ou preveja prisão em flagrante, se a transgressão não esteja definida em lei.” ADI 3340/STF

24 Ementa da decisão tomada pelo Tribunal Regional da 4ª Região: “PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. CF, ART. 142, § 2º. CABIMENTO DO *WRIT* PARA A ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRISÃO E DETENÇÃO DISCIPLINARES. RESERVA LEGAL. CF, ART. 5º, XLI. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ILEGALIDADE DO ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02.

As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei *stricto sensu* (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas.

Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Conseqüentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25).” HC Nº 2009.04.00.034984-0/RS

sua atividade cotidiana.

Aqui, cabe a pergunta: quantos terão sua liberdade cerceada indevidamente até que o judiciário extirpe um dispositivo que nem deveria ter sido admitido no “sistema”.

Neste caso, retornando a Bobbio, não foi que o velho permaneceu no novo, adequadamente e sob nova roupagem; na verdade, ele ficou com suas roupas velhas e influenciando o novo negativamente, é o que parece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestas linhas derradeiras, aproveitar-se-á o momento para fazer uma retomada sintética do texto, acreditando terem sido os itens adequados ao propósito, que foi dar uma pequena contribuição para o debate da preservação dos direitos fundamentais no direito administrativo, pensando ser tal desiderato relevante para a estabilidade da própria ordem.

Com a nova ordem jurídica, inaugurada com a Constituição de 1988, houve uma mudança drástica de paradigma que exigira aos estudiosos, em todas as disciplinas, cada uma visando a atender suas necessidades, a utilização de uma nova lente, a da constitucionalização. Ou seja, todo estudioso precisou passar a ser um pouquinho constitucionalista, ao menos para adequar suas investigações.

Ocorre que o direito administrativo, especialmente o militar que é pouco estudado, necessita de maior atenção por parte da comunidade jurídica a fim de alcançar a harmonia desta disciplina sob o pálio da nova ordem constitucional vigente.

Outro tema comentado, porém pouco estudado, foi o da “sujeição especial” que surgira em um contexto muito diverso do existente no Brasil pós-Constituição de 1988. Tal fato exige do jurista ou a “aclimatação” do instituto, ou a escolha de uma designação mais precisa, de maneira que a dúvida sobre as possibilidades de limitações de direitos fundamentais sob tais fundamentos seja extinta.

Quando o legislativo demora em produzir norma, por um lado, impõe ao judiciário construir a boa aplicação do direito e, do outro, uma maneira de compensar falhas - especialmente quando for caso de atentado contra os direitos fundamentais.

Descabido é que regulamentos estabeleçam hipóteses de cerceamento

de liberdade, ainda mais quando o “órgão julgador administrativo” é o acusador.

Vale o alerta de que, no Brasil, impera o princípio da unicidade do judiciário, apesar de ter importado o processo administrativo de inspiração francesa, em que há duas jurisdições. Aqui, o “juiz administrativo” é diretamente interessado no processo, principalmente para punir.

Sendo assim, é inconteste a necessidade de atenção do poder judiciário, não só dele, tendo clara, na mente, a seguinte ideia de que o “julgador administrativo” não há razão para deixar um direito fundamental ao alvedrio da autoridade administrativa. Há que se levar em conta que não pode o judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo. Sabendo disso, continuar permitindo o cerceamento de liberdade, por parte daquelas autoridades, com fundamento em regulamento, em total desrespeito ao direito fundamental à liberdade, não é razoável à luz da ordem jurídica brasileira.

Ao produzir o texto, a maior intenção, até mesmo pelo Recurso Extraordinário 603.116/RS (Com repercussão geral reconhecida em 6 de março de 2014) pendente de julgamento, é aumentar as possibilidades de um debate edificante em prol da efetiva constitucionalização do direito vivo.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo 2009

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. Malheiros Editores São Paulo. 2009

PUCCETTI, Renata Fiori. **Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. São Paulo. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Ver. Atual. São Paulo. Saraiva. 2009

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Revisão Técnica Cláudio de Cicco. Brasília. Universidade de Brasília. 6ª Edição. 1995.

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. Rio de

Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2010.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à Luz dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 55 – 71, 2013.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, n. 26, 2011.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do Exército (decreto 4346/2002). **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, p. 57-77, 2010.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 18. p. 31 – 53, 2007.

MENAGED, Marcelo. O fenômeno e as formas de controle de constitucionalidade das leis. Série Aperfeiçoamento de magistrados. In: **Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. EMERJ. p. 168 – 183, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 98. p. 175 – 204, 2008.

A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

Arthur Napoleão Teixeira Filho

Juiz Federal da 17.^a Vara da SJPE

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a ata notarial enquanto meio de prova. A parte inicial se atém a considerações gerais sobre a função notarial e registral, os princípios que regem a função notarial e as atribuições do Tabelionato de Notas. Em seguida, passa-se ao estudo da ata notarial, seu conceito, características e sua distinção da escritura pública. No final analisa-se a utilização da ata notarial como meio de prova. A relevância deste trabalho ressaí da ainda reduzida utilização da ata notarial em demandas judiciais, o que se justifica por se tratar de instituto pouco conhecido dos profissionais do Direito.

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2 - A Função Notarial e Registral; 2.1 - Considerações gerais; 2.2 - Princípios da função notarial; 2.3 - Tabelionato de Notas: atribuições; 3 - A Ata Notarial; 3.1 - Conceito; 3.2 - Características; 3.3 - Ata notarial x escritura pública: distinções; 4 - A Ata Notarial como meio de prova; 4.1 - A prova: considerações gerais; 4.2 - Ata notarial como meio de prova; 5 - Conclusão. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito Notarial. Tabelionato de Notas. Ata notarial. Meio de Prova.

1 INTRODUÇÃO

A função notarial e registral é de natureza pública, porém é prestada em caráter privado mediante a delegação estatal de seu exercício a um particular. Assim, ao particular é deferida atribuição para, em nome do Poder Público, praticar atos visando conferir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos. Esse particular fica jungido a um regime jurídico peculiar, fixado na legislação de regência da matéria.

Trata-se de relevante função, mas cujo estudo ainda merece aprofundamento. Ela ainda é pouco conhecida por nossos operadores do Direito. Nas faculdades de Direito, em geral, sequer há disciplina específica sobre o tema. Isso se reflete na baixa exploração das suas potencialidades para o comércio jurídico.

Deveras, é de nossa cultura a formalização de negócios jurídicos destituído das formalidades legais, muitas vezes encaradas como mero entrave burocrático de irrelevante importância. Tenha-se o exemplo da compra e venda de um imóvel, cuja formalização se dá por escritura pública a ser registrada no Registro de Imóveis. Grande parte das pessoas, em especial as mais humildes, pensa ter adquirido um bem imóvel tão logo quitado o valor, como se fora um bem móvel. Posteriormente, podem ser surpreendidas com a revelação de que aquele bem imóvel não lhes pertence, precisando seguir as vias judiciais na busca da defesa de seu direito. Caso tivessem observado o procedimento legal, seu interesse teria sido resguardado desde o início.

Dada esta realidade, assumiu-se o desafio de promover estudo acerca da ata notarial, relevante instrumento ao resguardo de interesses jurídicos, mas de acanhada utilização.

O trabalho partirá do geral para o específico, dividindo-se em três partes: a função notarial, a ata notarial e a ata notarial como meio de prova.

Na primeira parte, serão tecidas considerações gerais acerca da função notarial e registral, fincando algumas premissas básicas que arrimarão os posteriores assuntos, tais como sua natureza e forma de exercício, o regime jurídico do Tabelião e do Registrador (agente público *lato sensu* - particular em colaboração com o Poder Público). Após, objetivando mais diretamente os limites propostos, serão apreciados os princípios - gerais e específicos - da atividade notarial e as atribuições do Tabelionato

de Notas, o que é justificado por ser a ata notarial de competência deste Tabelionato.

Na segunda parte, será analisada a ata notarial, fixando-se seu conceito, características e notas distintivas da escritura pública.

Por fim, na terceira parte, ater-se-á à teoria da prova e à ata notarial como meio de prova.

A metodologia adotada consistiu no estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência, não só nacional, mas também estrangeira (língua espanhola), a permitir a verificação do trato da matéria nos outros países.

Ao final, pretendemos demonstrar as potencialidades da ata notarial como meio de prova, conferindo aos interessados instrumento idôneo à salvaguarda e à defesa de seus interesses e direitos.

2 A FUNÇÃO NOTARIAL E REGISTRAL

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A função notarial e registral é de natureza técnica e administrativa e destina-se a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1.º da Lei n.º 8.935/1994).

Suas vigas mestras estão fincadas no art. 236 da Constituição Federal de 1988:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Essa função ostenta inequívoca natureza pública, cujo exercício é delegado a particulares, que devem submeter-se a concurso público a fim de obter a delegação do serviço. Disto tem-se que esse serviço não deve ser prestado pelo próprio Estado, mas, sim, por particulares mediante delegação¹. O preceito acima reproduzido visa banir a estatização dos serviços cartorais².

Sobre o tema, leciona Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza³:

O notariado brasileiro é do tipo latino, exercendo o tabelião função pública em caráter privado, com remuneração direta pelos interessados, através do pagamento dos emolumentos. Constata-se haver uma incindibilidade entre as naturezas pública e privada da função notarial. Aos atos do tabelião é conferida fé pública extrajudicial, produzindo seu atuar documentos que fazem prova plena, em atividade de aconselhamento a particulares.

Segundo José Afonso da Silva, a função notarial e registral é de natureza pública, mas seu regime de prestação é particular⁴. Assim, “los notarios son personas investidas por el Estado de fe pública para autenticar hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan”⁵.

Os Tabeliães e Registradores qualificam-se como agentes públicos, porém não são servidores públicos, ocupantes de cargo público efetivo⁶, mas, sim, particulares em colaboração com o Poder Público, consoante lição de Maria Sylva Zanella Di Pietro⁷:

1 Não obstante a determinação constitucional, alguns Estados-Membros mantiveram por muito tempo serviços extrajudiciais estatais. Por exemplo, somente em 2011, portanto, passados 23 (vinte e três) anos da promulgação da atual Constituição Federal a Bahia “privatizou” seus serviços extrajudiciais (Lei Estadual n.º 12.352/2011).

2 BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1437.

3 **Noções Fundamentais de Direito Registral e Notarial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 218.

4 **Comentário Contextual à Constituição**. 3.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 974/876.

5 MURGUÍA, José Gerardo Arrache. **El Notario Público Función y Desarrollo Histórico**. Cárdenas Editor y Distribuidor, cuarta edición, México, B.C., 1990, p. 505.

6 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. NOTÁRIOS. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os notários e os registradores não são titulares de cargo público efetivo.” (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 385667/PE, Primeira Turma, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, DJ 15/12/2006, p. 86).

7 **Direito Administrativo**. 25.ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 588/589. No mesmo sentido: MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4.ª ed., rev., ampl., ref. e ampl., Niterói,

Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem:

1. **delegação do Poder Público**, como se dá com os empregados das empresas concessionárias, permissionários de serviços públicos, os que exercem atividade notarial e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob a fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço;

Note-se que o Supremo Tribunal Federal reconhecia a sujeição dos Tabeliães e Registradores à aposentadoria compulsória, própria do servidor público, orientação que foi modificada com o advento da Emenda Constitucional n.º 20/1998⁸. Portanto, atualmente, predomina o entendimento de que não são servidores públicos, daí porque não abrangidos pela aposentação compulsória do art. 40, § 1.º, II, da Constituição Federal de 1988 (redação atual)⁹, julgidos que estão ao Regime Geral de Previdência Social

RJ: Editora Impetus, 2010, p. 557/558; GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15.ª ed., atual., São Paulo: Editora Saraiva, p. 220/221.

8 “Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. IDADE LIMITE ATINGIDA ANTES DE PROMULGADA A EC 20/98. APLICABILIDADE DO INSTITUTO. PRECEDENTE DO TRIBUNAL PLENO. ATO DE AFASTAMENTO. PERCEPÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.602, rel. Min. Joaquim Barbosa, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, DJ de 31/03/2006, reafirmou o entendimento de que se aplica a aposentadoria compulsória aos notários e registradores que completaram 70 anos antes de promulgada a EC 20/98. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 431380/MG, Segunda Turma, Relator(a): Min. Teori Zavascki, DJe-160, Divulg. 15/8/2013, Public. 16/8/2013). No mesmo sentido: STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 494237/SP, Segunda Turma, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, DJe-236, Divulg. 6/12/2010, Public. 7/12/2010; STF, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 284321/DF, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, DJe-101, Divulg. 13/9/2007, Public. 14/9/2007; STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 446111 /RJ, Segunda Turma, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJ 1/12/2006, p. 87).

9 “EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Notários e registradores de serventias extrajudiciais. Aposentadoria compulsória por implemento de idade. Inaplicabilidade.

(art. 40 da Lei n.º 8.935/1994 e Lei n.º 8.213/1991).

Impende consignar, por imperioso, ser inconfundível a delegação da função notarial e registral com a concessão ou permissão do serviço público¹⁰,

Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de não se aplicar aos notários e registradores de serventias extrajudiciais a aposentadoria compulsória por implemento de idade. 2. Agravo regimental não provido.” (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 411266/PE, Primeira Turma, Relator(a): Min. Dias Toffoli, DJe-149, Divulg. 3/8/2011, Public. 4/8/2011). No mesmo sentido: STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 478392/MG, Segunda Turma, Relator(a): Min. Cezar Peluso, DJe-222, Divulg. 20/11/2008, Public. 21/11/2008; STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 655378 /PE, Segunda Turma, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJe-55, Divulg. 27/3/2008, Public. 28/3/2008.

10 “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTOS N. 747/2000 E 750/2001, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE REORGANIZARAM OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, MEDIANTE ACUMULAÇÃO, DESACUMULAÇÃO, EXTINÇÃO E CRIAÇÃO DE UNIDADES. 1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. I – Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação. Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos. II – A delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. III – A sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público. IV – Para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público. V – Cuida-se ainda de atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito. VI – Enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal. 2. CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros

como bem destaca Letícia Franco Maculan Assumpção¹¹:

Com a delegação, o exercício da função notarial e de registro é transferido para o titular, mas o delegante não deixa de ser o senhor deles, pois a atividade é pública e pertinente ao Estado. No entanto, uma vez procedida a delegação, ocorre a *investidura* dos aprovados em concurso público na função que lhe foi delegada, ou seja, [...] na titularidade do exercício daquele plexo de atribuições a eles cometidos'. A delegação é ato sucessivo ao concurso e seu significado é o de adjudicar um determinado 'serviço' à cura de um certo sujeito. Uma vez efetuada, somente nas hipóteses previstas em lei poderão os titulares perder a delegação. (Bandeira de Mello, 1999, p. 198-199).

Ao receber a delegação, o titular recebe também a autoridade para cumprir funções estatais que visam à realização de fins públicos. Por ser um *agente público*, está sujeito a fiscalização e controle segundo critérios próprios da administração pública (Ceneviva, 2008, p. 56), fiscalização essa que deverá ser feita pelo Poder Judiciário.

Filipe De Filippo destaca a atipicidade da delegação da função notarial, que não pode ser comparada com os serviços públicos concedidos, autorizados e permitidos, esses últimos previstos no art. 175 da Constituição da República de 1988.

numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal, segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Precedentes. 3. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO. NORMAS "AINDA CONSTITUCIONAIS". Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida liminar há mais de dez anos e que, nesse período, mais de setecentas pessoas foram aprovadas em concurso público e receberam, de boa-fé, as delegações do serviço extrajudicial, a desconstituição dos efeitos concretos emanados dos Provimentos n. 747/2000 e 750/2001 causaria desmesurados prejuízos ao interesse social. Adoção da tese da norma jurídica "ainda constitucional". Preservação: a) da validade dos atos notariais praticados no Estado de São Paulo, à luz dos provimentos impugnados; b) das outorgas regularmente concedidas a delegatários concursados (eventuais vícios na investidura do delegatário, máxime a ausência de aprovação em concurso público, não se encontram a salvo de posterior declaração de nulidade); c) do curso normal do processo seletivo para o recrutamento de novos delegatários. 4. Ação direta julgada improcedente." (STF, Tribunal Pleno, ADI 2415/SP, Relator(a): Min. Ayres Britto, DJe-28, Divulg. 8/2/2012, Public. 9/2/2012).

11 **Função Notarial e de Registro.** Porto Alegre: Nuria Fabris Editores, 2011, p. 36/38.

As diferenças começam pela forma de ingresso, pois notários e registradores são investidos na delegação após aprovação em concurso público, enquanto as concessões de serviço público observam a lei de concessões e a lei de licitações. A relação entre notários e Registradores e o Estado é de natureza legal, aproximando-se da natureza estatutária do servidor público, enquanto a relação do Estado com empresas prestadoras de serviço é contratual. Os titulares de serviços notariais e de registro têm delegação vitalícia, já os demais serviços públicos são regidos por contratos administrativos, cujo prazo é determinado. Também a remuneração difere: os atos notariais e de registro são remunerados por emolumentos, os demais serviços são remunerados por preço público (tarifa). O Estado pode explorar diretamente os serviços previstos no art. 175 da CR/88, mas não pode fazê-lo na função notarial e de registro, já que há uma obrigação de delegá-los a particulares: tais funções têm que ser exercidas de forma privada, com fiscalização pelo Poder Judiciário (art. 236 da CR/88). (De Filippo, 2009, p. 42-53).

Como visto acima, o ingresso na função notarial e de registro se dá mediante concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses (art. 236, § 3.º, da Constituição Federal de 1988). A matéria é tratada na Resolução n.º 81/2009 do Conselho Nacional de Justiça, que prevê as normas a serem observadas pelos Estados quando da consecução dos concursos de ingresso.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta a obrigatoriedade do concurso para o ingresso na atividade notarial e de registro, não reconhecendo direito adquirido ao ingresso em dissonância com a regra

aposta na Constituição Federal de 1988^{12 13}. Exatamente por isso, de duvidosa constitucionalidade a Proposta de Emenda Constitucional n.º 471/2005¹⁴, que prevê que aqueles que estejam interinamente à frente dos Tabelionatos e Registros sejam efetivados, por malferir a norma constitucional que prevê que a assunção da função delegada seja precedida de concurso público. De se lembrar que as normas constitucionais produzidas pelo constituinte derivado sujeitam-se ao controle de constitucionalidade¹⁵ - concentrado ou difuso - consoante antiga orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

12 MANDADO DE SEGURANÇA – ATO EMANADO DO CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA QUE DECLAROU A VACÂNCIA DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – INGRESSO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – IMPRESCINDIBILIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS (CF, ART. 236, § 3º) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, considerada a norma inscrita no art. 236, § 3º, da Carta Política, tem proclamado, sem maiores discepções, que o ingresso na atividade notarial e registral depende, necessariamente, para legitimar-se, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, sob pena de invalidade jurídica da outorga, pelo Poder Público, da delegação estatal ao notário público e ao oficial registrador. Precedentes.” (STF, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 28963, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Celso de Mello, DJe-117, Divulg. 18/6/2013, Public. 19/6/2013).

13 “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DE TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO SEM CONCURSO PÚBLICO, MEDIANTE DESIGNAÇÃO OCORRIDA APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGALIDADE. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal sempre se pronunciou no sentido de que, sob a égide da Constituição de 1988, é inconstitucional qualquer forma de provimento dos serviços notariais e de registro que não por concurso público; II – Não há direito adquirido à efetivação em serventia vaga sob a égide da Constituição de 1988; III – O exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, por se tratar de ato manifestamente inconstitucional. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 28273, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, DJe-34, Divulg. 20/2/2013, Public. 21/2/2013).

14 Esta PEC altera o art. 236, § 3.º, da Constituição Federal de 1988, dando-lhe a seguinte redação: “§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses, ressalvada a situação dos atuais responsáveis e substitutos, investidos na forma da Lei, aos quais será outorgada a delegação de que trata o caput deste artigo.”

15 Conferir: BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Livraria Almedina, 1994; MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1111.

16 EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou

Cumpre destacar, por necessário, que a contratação dos prepostos dos Tabeliães e Registradores – escreventes e auxiliares – prescinde de concurso público, observando as normas da legislação trabalhista (art. 20, caput, da Lei n.º 8.935/1994). Assim, não possuem qualquer vínculo funcional com a Administração Pública¹⁷.

Ao aprovado no concurso público é outorgado o exercício da função notarial e registral, o que faz sob sua conta e risco, ostentando viés empresarial, razão pela qual ter o Superior Tribunal de Justiça decidido ser tal função tributável pelo Imposto Sobre Serviços (ISS) na forma variável e não no regime da tributação fixa (art. 9.º, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 406/1968)¹⁸. A remuneração pelos serviços se dá mediante o pagamento, pelo usuário do serviço, dos emolumentos, que têm caráter tributário de taxa¹⁹.

materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. [...]” (STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2024/DF, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, DJ 1/12/2000, p. 70).

17 SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. Org. Costa Machado. Constituição Federal Interpretada. Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo. 2.ª ed., atual., Barueri, SP: Manole, 2011, p.1245.

18 “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE INGRESSO COMO ASSISTENTE SIMPLES. CARACTERIZADO O INTERESSE JURÍDICO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. ISS. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO PÚBLICO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO FIXA. ART. 9º, § 1º, DO DECRETO-LEI 406/68. NÃO CABIMENTO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. PRECEDENTES. 1. De início, quanto ao pedido de admissão nos autos, na qualidade de assistente simples, acolho o pedido formulado na PET n. 00064645/213 (fls. 947/988, e-STJ), uma vez caracterizado o seu interesse jurídico na solução da demanda. 2. A apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, por ser matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal. 3. Não se aplica à atividade notarial e de registros públicos a sistemática de recolhimento de ISS prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68, porquanto tal benefício só se aplica aos casos em que há prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial. No caso dos serviços em questão, há nítido caráter empresarial. 4. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu o caráter empresarial da atividade cartorária e que sobre ela deve incidir ISS, tomando por base a capacidade contributiva dos notários e tabeliães (ADI 3.089-2/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2008). 5. A jurisprudência do STJ é pacífica ao determinar a incidência de ISS sobre serviços cartorários na forma variável. Precedentes. Agravo regimental improvido.” (STJ, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 268238/SP, Segunda Turma, Relator(a) Ministro Humberto Martins, DJe 24/5/2013).

19 “[...] II. Custas e emolumentos: serventias judiciais e extrajudiciais: natureza jurídica. É da jurisprudência do Tribunal que as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais tem caráter tributário de taxa. [...]” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3694/AP, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, DJ 6/11/2006, p. 30). No mesmo sentido: STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2653/MT, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Carlos Velloso, DJ 31/10/2003, p. 14; STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1624/MG, Tribunal Pleno,

O atuar dos notários é regido por alguns princípios, que serão objeto de análise no próximo tópico. Frise-se que, doravante, não mais se versará sobre a função registral, por desbordar dos limites deste trabalho.

2.2 PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO NOTARIAL

O Direito é guiado por princípios que o informam e dão-lhe sustentação. Convém trazer à baila a sempre lembrada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰:

3. Princípio – já averbamos antes – é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de toda sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Como o Tabelião/Notário²¹ desempenha *munus* público, está jungido aos constitucionais princípios reitores da Administração Pública (art.

Relator(a): Min. Carlos Velloso, DJ 13/6/2003, p. 8; STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1444/PR, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sydney Sanches, DJ 11/4/2003, p. 25.

20 **Curso de Direito Administrativo**. 14.^a ed., ref., ampl. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 807/808.

21 Apesar de os vocábulos Notário e Tabelião serem sinônimos (art. 3.º da Lei n.º 8.935/1994), optamos pela utilização neste trabalho deste último.

37, *caput*, da Constituição Federal de 1988): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na sua atuação, o Tabelião observará a legislação em vigor, inclusive as normas regulamentares expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça e Corregedorias dos Tribunais de Justiça. É-lhe vedado atuar segundo seus estritos interesses pessoais, guiado à satisfação de suas paixões ou de terceiros, cabendo-lhe agir sob o manto da impessoalidade. Não é por outra razão que nossa legislação estatui causas de incompatibilidades e impedimentos (art. 25 e seguintes da Lei n.º 8.935/1994). A conduta do Tabelião deve estear-se na ética e na moralidade, exercendo seus direitos objetivando o bem comum e atentando-se para o estrito cumprimento dos deveres funcionais (arts. 28 e 29 da Lei n.º 8.935/1994). A publicidade ressaí da própria natureza da função notarial, vedando-se ao Tabelião a prática de atos com sigilosidade (a não ser quando a situação o exigir dada a salvaguarda de interesse superior). Por fim, impõe-se ao Tabelião o exercício do *munus* público que lhe é outorgado sempre focado na busca da maior eficiência.

A par desses princípios gerais, há outros princípios específicos, a saber²²:

(a) Segurança jurídica: o fim da atividade notarial é conferir segurança jurídica, seja aos particulares interessados, seja ao Estado.

(b) Economia: o exercício da atividade notarial pressupõe a busca da forma menos onerosa para as partes, seja sob o aspecto financeiro, seja sob o procedimental.

(c) Forma: deve ser observada a forma prevista na lei para o ato a ser praticado para o tabelião.

(d) Imediação: o Tabelião deve atuar ombreado às partes, funcionando como seu conselheiro visando orientar-lhes sobre a melhor forma de atingir o fim colimado.

(e) Rogação: a atuação do Tabelião se dá mediante requerimento das partes e não de ofício. Saliente-se ser livre a escolha do Tabelião de Notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar da situação dos bens objeto do ato ou negócio (art. 8.º da Lei n.º 8.935/1994).

(f) Consentimento: é faculdade da parte concordar com o ato notarial produzido pelo Tabelião, exceção feita à ata notarial.

22 RODRIGUES, Felipe Leonardo. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Coord. Christiano Cassetari. **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 51/58.

(g) Unidade formal do ato: apesar de, às vezes, a prática do ato demandar providências, o ato será único.

(h) Fé pública: a fé pública abona a certeza e a verdade dos assentamentos que o tabelião pratique e das certidões que expeça nessa condição²³. Aos atos do tabelião é imanente a fé pública, donde presumirem-se verdadeiros até prova em contrário. Assim, caberá ao interessado o ônus da prova de afastar essa presunção (art. 333, I e II do Código de Processo Civil).

(i) Matricidade: todo ato notarial é conservado nos livros e registros da serventia extrajudicial.

Firmados estes primados da atuação do Tabelião, passemos ao estudo das atribuições próprias do Tabelionato de Notas.

23 CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores Comentada**. 8.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 51.

2.3 TABELIONATO DE NOTAS: ATRIBUIÇÕES

A função notarial rege-se pelo princípio da legalidade, decorrendo suas atribuições das normas jurídicas em vigor.

Compete à União legislar privativamente sobre registros públicos (art. 22, XXV, da Constituição Federal de 1988), tratando-se de normas nacionais²⁴. O Conselho Nacional de Justiça e as Corregedorias dos Tribunais de Justiça editam normas regulamentando a função notarial e registral.

No exercício desta competência privativa da União, advieram as Leis n.º 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), n.º 8.935/1994 (dispõe sobre serviços notariais e de registro), Lei n.º 9.492/1997 (dispõe sobre o protesto), Lei n.º 11.169/2000 (dispõe sobre emolumentos) e Lei n.º 11.441/2007 (possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa), dentre outras.

Cabe ao Tabelionato de Notas com exclusividade (art. 7.º, *caput*, da Lei n.º 8.935/1994): lavrar escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; lavrar atas notariais; reconhecer firmas; autenticar cópias. De se lembrar que aos Tabeliães compete autenticar atos (art. 6.º, III, da Lei n.º 8.935/1994).

A escritura pública é o ato notarial pelo qual se formaliza juridicamente a vontade das partes, seja um ato unilateral ou um negócio jurídico. É dotada de fé pública e faz prova plena. De ordinário, tem por requisitos (art. 215, § 1.º, do Código Civil de 2002): data e local de sua realização; reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; referência ao cumprimento das

24 “A União age em nome próprio como em nome da Federação. Ora se manifesta por si, como pessoa jurídica de capacidade política, ora em nome do Estado Federal. Isso ocorre no plano interno como no internacional. No plano interno, revela a vontade da Federação quando edita *leis nacionais* e demonstra a *sua vontade* (da União) quando edita *leis federais*. Geraldo Ataliba precisou essa distinção ao salientar que as leis nacionais são as que alcançam todos os habitantes do território nacional (leis processuais, civis, penais, trabalhistas etc) e as federais são aquelas que incidem apenas sobre os jurisdicionados da União (são aquelas que dizem respeito aos servidores da União e ao seu aparelho administrativo).” (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 79/80).

exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato²⁵.

A procuração é o instrumento do mandato, que consiste na outorga de poderes a outrem para a prática de atos ou administração de interesses em nome do outorgante (art. 653 do Código Civil de 2002).

O testamento é ato personalíssimo, passível de mudança a qualquer tempo, mediante o qual o testador dispõe de bens para após sua morte (art. 1858 do Código Civil de 2002). Na forma ordinária, o testamento pode ser público, cerrado ou privado (art. 1862 do Código Civil de 2002). O testamento público é escrito pelo Tabelião ou seu substituto legal no livro de notas, de acordo com as declarações do testador, que poderá servir-se de minuta, notas ou apontamento (art. 1864, I, do Código Civil de 2002). Confira-se o magistério de Mauro Antonini²⁶:

O testamento público é o escrito por tabelião ou seu substituto em livro de notas; em escritura pública, portanto. Essa justamente a **vantagem** do testamento público sobre os demais: é lavrado por pessoa experiente, com conhecimento de causa, reduzindo o risco de nulidade por falha em requisitos formais; e, além disso, é praticamente indestrutível, pois consta de livro de notas, podendo-se extrair quantas certidões se quiser. A **desvantagem** é sua publicidade, o livre acesso de qualquer um a seu teor, o que pode gerar desconforto entre o testador e os parentes preteridos.

Já o testamento cerrado é redigido pelo próprio testador e é apresentado ao Tabelião para aprovação (art. 1868 do Código Civil de 2002).

Reconhecer uma firma consiste em atestar a autenticidade de um documento. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se

25 No Recurso Extraordinário n.º 78.570/PR (Relator Ministro Rodrigues Alckmin), julgado em 19 de novembro de 1975, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Código Civil de 1916, em sua redação original, não dispunha sobre os requisitos da escritura pública, no ponto vigendo as Ordenações Filipinas. Somente com a Lei n.º 6.952/1981, que acrescentou o § 1.º ao art. 134 do Código Civil de 1916 a matéria passou a ser incorporada à codificação civil. Posteriormente a Lei n.º 7.433/1985 versou especificamente sobre os requisitos para a lavratura de escritura pública.

26 ANTONINI, Mauro. Coord. Cezar Peluso. **Código Civil Comentado**. 7.ª ed., rev. e atual., Barueri, SP: Manole, 2013, p. 2248.

verdadeiras em relação aos signatários (art. 219 do Código Civil de 2002). Há duas modalidades de reconhecimento de firma: por semelhante e por autenticidade²⁷. Confira-se a lição de Luiz Guilherme Loureiro²⁸:

O reconhecimento de firmas tem por objeto estabelecer a autenticidade de um documento particular. Na verdade, existem duas espécies de reconhecimento de firma: a) por semelhança e b) por autenticidade.

No reconhecimento de firma por semelhança, o notário porta fé de que a assinatura constante do documento particular se assemelha àquela constante da ficha-padrão arquivada em cartório. Embora não garanta a autenticidade do documento, confere relativa segurança na informação de que aquela assinatura provavelmente foi lançada por determinada pessoa, cujo nome e qualificação constam da ficha-padrão. Caso a assinatura constante do documento não seja semelhante ao padrão depositado na serventia, não será feito o reconhecimento de firma.

Já o reconhecimento de firma por autenticidade, como seu próprio nome indica, confere absoluta certeza de que a firma foi aposta pela pessoa de que se trata, uma vez que a assinatura deve ser manuscrita na presença do tabelião, que porta fé pública sobre tal fato.

A autenticação de cópia é o ato pelo qual o Tabelião certifica a fiel correspondência entre o documento que lhe é apresentado e sua cópia, extraída por sistema reprográfico ou equivalente²⁹.

Não obstante a norma de regência estabeleça em apenas cinco incisos as atribuições do Tabelionato de Notas, o que pode sugerir certa limitação, a bem da verdade verifica-se que, nessas atribuições, está inserida a possibilidade da prática de uma plêiade de atos, cujo rol passa por constante ampliação. Cite-se, à guisa de exemplo, a admissibilidade da separação, do divórcio e da partilha e do inventário por escritura pública (Lei n.º

27 Frise-se que o reconhecimento de firma por abono não é aceito em nosso ordenamento jurídico. Por ele o interessado comparece ao Tabelionato e declara que a firma é da pessoa indicada no documento.

28 **Registros Públicos – Teoria e Prática**. 4.^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2013, p. 748.

29 RODRIGUES, Felipe Leonardo. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Op. Cit.*, p. 81.

11.441/2007 e Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça).

Outro exemplo é o Provimento n.º 17/2013 da CGJ-SP, que autoriza registradores e notários a praticarem atos de conciliação e mediação, que, entretanto, tem sido objeto de controvérsia³⁰.

Na atualidade, vislumbra-se uma tendência à valorização da função notarial e registral, para a solução de controvérsias extrajudicialmente, evitando-se a via judicial, assaz assoberbada e morosa, além de mais dispendiosa também sob o aspecto financeiro.

Doravante passemos à análise da ata notarial.

3 A ATA NOTARIAL

3.1 CONCEITO

Dentre as atribuições do Tabelião de Notas está a de lavrar atas notariais.

O art. 364 do Código de Processo Civil já previa que o documento público faz prova não só da formação, mas, também, dos fatos que o Tabelião declarar que ocorreram em sua presença. Contudo, a expressa previsão em nosso ordenamento jurídico positivo acerca da ata notarial, enquanto ato praticado pelo Tabelião, só ocorreu quando da vigência da Lei n.º 8.935/1994³¹.

Discorrendo acerca do significado do termo ata notarial, expende Walter Ceneviva³²:

30 ROVER, Tadeu. CNJ confirma proibição de conciliação em cartórios. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-10/cnj-confirma-liminar-proibe-mediacao-conciliacao-cartorios-sp>> Capturado em 23 de novembro de 2013.

31 Tenha-se presente que em alguns países não há previsão legal da ata notarial (ou instituto semelhante), vácuo preenchido pela aplicação de princípios e costumes. Cite-se o caso do Equador: “No existe en la legislación ecuatoriana, como si ocurre en otros países, un tratamiento sistemático de la normativa jurídica relativa a las actas que puede dar origen a la constatación o configuración de hechos o circunstancias por parte del Notario, lo que se traduce, en la práctica, en que la actuación notarial queda sujeta a los usos y costumbres imperantes, basados generalmente en la aplicación por extensión de principios generales, relativos a otros actos del ministro de fe y que normalmente se refieren a la interpretación por adecuación de las normas que sobre escrituras públicas contempla la ley notarial. Esta forma inorgánica, asistemática, de actuar es lamentable toda vez que impide claridad y homogeneidad en una actividad tan importante como la relativa a la realización de Actas y que, de suyo, ocupa parte importante del quehacer de todo Notario y que implica, a su vez, la necesidad de contar con normas claras que rijan la materia.” (CRESPO, Gloria Lecaro de. **Las Actas Notariales**. Disponível em: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=158&Itemid=72> Capturado em 13 de novembro de 2013).

32 *Op. Cit.*, p. 83/84.

O vocábulo *ata*, na linguagem comum, é o relatório de fatos ocorridos e de resoluções adotadas em reunião formal e informal, para satisfação de objetivos dos interessados. No vocabulário comum, *ata* também corresponde, em sentido amplo, ao relato, conforme requisitos legais exigidos, de fatos ou atos em reunião ou evento submetido a prazo e forma de convocação, lançado sob a responsabilidade de uma ou mais de uma pessoa, agente público ou privado.

[...]

O termo *ata* surge qualificado pelo adjetivo *notarial* no inciso III do art. 7.º. Trata-se do mesmo relato escrito, porém garantido pela especial eficácia subjetiva do narrador. Desse modo, *ata notarial* é registro de fato ou ato solicitado ao tabelião de notas por interessado, feito com precisão objetiva, das pessoas e ações que o caracterizam.

A decomposição etimológica do nome *ata notarial* nos seus dois vocábulos também ajuda a compreendê-lo. Seu primeiro termo (*ata*) se liga ao étimo *acta* (ações ou feitos e registros de atos oficiais da magistratura, no direito romano). Integrada ao gênero *documento escrito*, a espécie *acta* passou a compreender uma ou mais partes não solicitantes, mas interessadas, subordinada ou não a ordem do magistrado, cuja manifestação afirma fins determinados pela vontade declarada ou exteriorizada, com os requisitos mencionados na lei ou em contrato, afirmando a identidade e a capacidade para cada ato. Em outros idiomas de origem latina, o que aqui se conhece como *ata* é a *verbale*, em italiano, o *procès verbal*, em francês, reservados *acta* e *acte* para outros fins.

A *ata* passa a ser *notarial* quando lançada por tabelião de notas a pedido de interessado, confirmada pela fé pública do profissional, sem constituir, porém, a prova plena que o Código Civil atribuiu à escritura tabelioa.

A introdução da *ata notarial* no direito brasileiro ampliou a prestação de serviços dos tabeliães, encarregados de os lavrar, mas manteve certas limitações às quais esses profissionais são submetidos. Pode-se dizer que não há *ata notarial* sem tabelião que a escreva ou cliente atendido, sem satisfação do princípio da instância, excluída a permissão, se exercida no interesse do notário que a lavre, de seu cônjuge ou parente.

A legislação federal não conceitua ata notarial. Porém, encontramos alguns conceitos em Códigos de Normas das Corregedorias dos Tribunais de Justiça:

Ata notarial é a narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo Tabelião de Notas – Item n.º 137 das Normas de Serviço de Cartórios Extrajudiciais – Tomo II – Provimento n.º 58/1989 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³³.

Ata notarial é a narração objetiva de uma ocorrência ou fato, presenciado ou constatado pelo Tabelião – art. 628 da Consolidação Normativa Notarial e Registral – Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Provimento n.º 32/2006)³⁴.

Ata notarial é a certificação de fatos jurídicos, a requerimento da parte interessada e por constatação pessoal do tabelião, substituto ou escrevente, cujo objeto não comporte a lavratura de escritura pública. Pode ser lavrada ata notarial, entre outros exemplos, para a captura de imagens e de conteúdo de sites de Internet, vistorias em objetos e lugares, bem como narração de situações fáticas, com o intuito de prevenir direitos e responsabilidades – Item n.º 11.10.1 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná³⁵.

Ata notarial é a narração real de fatos verificados pessoalmente pelo tabelião, por seu substituto ou escrevente autorizado – art. 447 do Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco³⁶.

Da legislação alienígena, colhem-se os seguintes conceitos de ata notarial:

Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario,

33 Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoII.pdf>> Capturado em 8 de novembro de 2013.

34 Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Outubro_2013_Provimento_29_2013.pdf> Capturado em 8 de novembro de 2013.

35 Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br/codigo-de-normas>> Capturado em 8 de novembro de 2013.

36 Disponível em <<http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/35163/codigodenormas.pdf/97b4137e-3396-41d5-8b8c-b9f29d7fb2d7>> Capturado em 8 de novembro de 2013.

siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones – Art. 144 do Decreto de 2 de junho de 1944, que aprova o Regulamento de Organização e Regime do Notariado na Espanha.

Actas de presencia y comprobación. A requerimiento de quien invoque interés legítimo, el notario podrá autenticar hechos que presencie y cosas que perciba, comprobar su estado, su existencia y la de personas. Las actas que tuvieren por objeto comprobar la entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas y cualquier requerimiento, así como los ofrecimientos de pago, deberán contener, en lo pertinente, la transcripción o individualización inequívoca del documento entregado, la descripción completa de la cosa, la naturaleza y características de los efectos, los términos del requerimiento y, en su caso, la contestación del requerido. Se podrá dejar constancia de las declaraciones y juicios que emitan peritos, profesionales y otros concurrentes sobre la naturaleza, características, origen y consecuencias de los hechos comprobados. Será suficiente que tales personas se identifiquen mediante la exhibición de documentos expedidos por autoridad competente - Art. 87 da Leyn.º 404 da Argentina³⁷.

A doutrina não discrepa deste entendimento:

Ata notarial é o instrumento público lavrado pelo notário, dotado de fé pública, e que tem por objeto constatar a realidade ou verdade de um fato que este profissional ouve ou percebe por seus sentidos, cuja finalidade precípua é a de ser um instrumento de prova em processo judicial, mas que pode ter outros fins na esfera privada, administrativa e registral, entre outras³⁸.

Ata notarial é o instrumento público no qual a pedido de pessoa capaz o tabelião formaliza um documento narrando fielmente tudo aquilo que verifica com seus próprios sentidos sem emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão, ou seja, narra e materializa os acontecimentos em sua essência, constitui prova para ser utilizada quando conveniente, de

37 **Ley 404 Reguladora de la Función Notarial: texto ordenado y decreto reglamentario.** 1.ª ed., Buenos Aires: Colégio de Escribanos de la Capital Federal, 2012, p. 54.

38 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 751.

modo que a veracidade (*juris tantum*) somente poderia ser retirada através de sentença transitada em julgado.

A nosso ver, conceituamos a ata notarial como: “Instrumento público no qual o tabelião ou preposto autorizado, a pedido de pessoa capaz ou representante legal, materializa fielmente em forma narrativa o estado dos fatos e das coisas, de tudo aquilo que verifica com seus próprios sentidos sem emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão, portando por fé que tudo aquilo presenciado e relatado representa a verdade, consignando-os em livro de notas”³⁹

A partir da observação da legislação e da prática notarial é possível conceituar a ata notarial como um documento que contém a narração imparcial, portanto sem juízo de valores, e minuciosa, de fatos jurídicos adrede solicitados e que não sejam de atribuição de outro profissional registrador. Não seria possível lavrar ata notarial de protesto de títulos, por exemplo. Os fatos objeto de autenticação são aqueles passíveis de percepção, verificação ou presenciados pelo notário, ou mesmo seu substituto legal. A prévia solicitação deve partir de pessoa com legítimo interesse, nos moldes daqueles delineados no Código de Processo Civil. Este profissional deve se ater em sua atividade a relatar aquilo que ouve, vê ou, como anotado, ainda pode perceber pela audição ou olfato. Este documento pode servir de base probante de fatos jurídicos, assim entendidos como aqueles relevantes para o Direito e que, por previsão no ordenamento jurídico, produzem efeitos a que a ordem jurídica entende sendo dignos de regulamentação.⁴⁰

Forte nessa compreensão, pode-se conceituar ata notarial como testemunho oficial de atos narrados pelo Tabelião no exercício de sua competência e em razão de seu ofício⁴¹.

Assim, por intermédio dela, o Tabelião documenta fatos jurídicos que presencia, pautando-se pela imparcialidade, sem externar juízo de valor.

Sobre seu objeto, leciona Adauto de Almeida Tomaszewski⁴²:

39 RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Os procedimentos básicos da sua lavratura. Técnica de redação - o coração deste precioso instrumento notarial.** Disponível em <http://www.atanotarial.org.br/artigos_detalhes.asp?Id=6> Capturado em 2 de novembro de 2013.

40 TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **A ata notarial como meio de prova e efetivação de direitos.** Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 11, n.º 1, jan./jun. 2008, p. 12.

41 CHAVES, Carlos Fernando Brasil. REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito.** 7.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

42 TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Op. Cit., p. 17.

Por ser uma narração de fatos com valor jurídico, seu objeto deve se restringir à atividade de transladar, sem alteração ou interpretação, para o livro notarial, ou para outro documento, conforme seja a ata protocolar ou extra-protocolar, acontecimentos já especificados anteriormente. É preciso que se deixe claro que as Atas Notariais não têm eficácia substantiva nem executiva, somente força probatória.

A ata notarial é marcada por algumas características que a individualizam enquanto espécie de ato notarial, o que será visto a seguir.

3.2 CARACTERÍSTICAS

A ata notarial tem por características ser um instrumento público, de caráter rogatório, fundamentada nos princípios da função notarial e não negocial⁴³.

Trata-se de instrumento público por se originar do exercício da função pública do Tabelião de Notas. Este, ao redigi-la, explicita suas impressões acerca de determinados fatos por ele presenciados. Dada a natureza pública, tem fé-pública, com a consequente presunção relativa de veracidade.

O caráter rogatório ressaí do fato de a ata notarial decorrer de requerimento do interessado, interditando-se ao Tabelião atuar de ofício. Gize-se que o interessado deve requerer a lavratura da ata, contudo, sem interferir em seu conteúdo, que dependerá exclusivamente das impressões sensoriais do Tabelião.

Por consubstanciar um ato notarial, a ata notarial deve observar os princípios reitores da função notarial, acima analisados.

A ata notarial é não-negocial por não se referir a um negócio jurídico, mas, sim, à percepção do Tabelião sobre fatos. Daí ter-se que sua função é a de registrar, documentar e comprovar atos e fatos já existentes⁴⁴.

Note-se que essas características da ata notarial também são evidenciadas em outros países, a exemplo da Argentina, como destaca María Victoria Gonzalia⁴⁵:

43 KOLLET, Ricardo Guimarães. **Manual do Tabelião de Notas para Concursos e Profissionais**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 193.

44 OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. **Aplicações do Direito na Prática Notarial e Registral**. 4.^a ed., rev., atual. e ampl., Leme/SP: BH Editora, 2012, p. 878.

45 **El valor probatorio de las actas notariales. - Fe pública**. Disponível em <<https://www.>

En cuanto a su **NATURALEZA JURÍDICA**, el Acta Notarial es un instrumento público y además al ser formalizada por un escribano público es un documento notarial.-

Así lo establece el **artículo 979 del Código Civil**: “Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: ... 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieran determinado...”- En consecuencia, las Actas notariales son:

- a) Instrumentos públicos (art.979 inc.2 C.C.)
- b) extendidos por los escribanos públicos en la forma en que las leyes hubieran determinado (art.979 inc.2 C.C.)
- c) de expresión por escrito (art.978 C.C.) y en idioma nacional (art.999 C.C.)
- d) No contienen negocios jurídicos
- e) con el valor probatorio de los arts. 993 a 995 del C.C.

A ata notarial tem alguns elementos formais, assim descritos por José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa, arrimados em ensinamento de Eugênio Gaete Gonzalez⁴⁶:

Como elementos formais gerais da ata notarial, *Eugênio Gaete Gonzalez* cita: a) o requerimento; b) ato material de comprovação; c) a narração expositiva; d) a documentação anexa; e) a autorização de ata. Vejamos o que significam estes elementos e no que eles são compatíveis com as exigências contidas em nossa legislação. Explica ele que o requerimento é exigido já que o notário não pode atuar *ex officio* - embora devesse ser possível a atuação de ofício diante de fatos relevantes presenciados pelo notário, o que ele considerasse importante registrar em ata, para eventual comprovação futura -, mas esclarece que este poderá ser escrito ou oral, que deverá ser sempre lícito e que deverá sempre constar na ata. A letra e) do artigo 639 da CNCGJRS menciona que a ata notarial deverá conter a assinatura do solicitante, levando-nos a concluir que o requerimento é implícito, e não havendo determinação expressa, poderá ser escrito ou oral. O autor

colegio-escribanos.org.ar/noticias/40convencion/trabajos/Actas_Gonzalia.pdf> Capturado em 5 de novembro de 2013.

46 **Ata notarial e as novas tecnologias.** Disponível em < http://www.cartoriopiracaia.com.br/?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=27 > Capturado em 5 de novembro de 2013.

esclarece que o ato material de comprovação é a realização material do requerimento, que poderá ocorrer através da observação de fatos - nas atas de percepção; ou através das atas de certificação. O ato material constitui o fato ou os fatos sobre os quais recaem a ata e que deverão ser redigidos pelo notário, formando a ata propriamente dita. Tal elemento não consta expressamente nos artigos que cuidam da ata notarial em nosso ordenamento, mas parece natural que o fato a ser narrado precise existir para a elaboração da ata. A narração expositiva é definida como o ato pelo qual o notário faz o traslado do ato material de comprovação para o documento escrito, de forma precisa e objetiva (38). Neste caso o artigo 639, na letra c) é claro ao mencionar que a ata notarial conterá a narração circunstanciada dos fatos. Sobre a documentação que deverá acompanhar a ata, *Eugênio* (39) refere que cabe ao notário avaliar a necessidade e a conveniência do acompanhamento de documentos com a ata. Novamente aqui nossa legislação foi omissa. Entretanto, entendemos que o notário é efetivamente a pessoa mais adequada para avaliar a necessidade e a conveniência de eventuais documentos que possam acompanhar a ata notarial. Por fim, temos que a autorização é representada pela firma do notário, de modo a fazer-se autor daquele instrumento. Afirma, assim, que é o ato formal pelo qual o notário passa a ter responsabilidade como autor da ata, passando a responder por ela. Pois este é o último requisito exigido, à letra f) do artigo 639 da CNCJRS.

A legislação federal não estatui os requisitos essenciais da ata notarial⁴⁷, sendo a matéria versada na regulamentação expedidas pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça⁴⁸. À guisa de exemplo, cite-se o disposto na Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 629 – A Ata Notarial conterá:

- a) local, data de sua lavratura e hora;
- b) nome e qualificação do solicitante;

47 Diversa é a situação da escritura pública, cujos requisitos constam do art. 215, § 1.º, do Código Civil de 2002.

48 GADRET, Sandra Maria. **Ata Notarial**. In, *Moderno Direito Imobiliário, Notarial e Registral*. Coord. Cláudia Fonseca Tutikian. São Paulo: Quartir Latin, 2011, p. 115.

Consolidação Normativa Notarial e Registral 150

- c) narração circunstanciada dos fatos;
- d) declaração de haver sido lida ao solicitante, e, sendo o caso, às testemunhas;
- e) assinatura do solicitante, ou de alguém a seu rogo, e, sendo o caso, das testemunhas;
- f) assinatura e sinal público do Tabelião.

Perceba-se que os requisitos da ata notarial são assemelhados aos de uma escritura pública, divergindo quanto a alguns aspectos que serão doravante abordados.

3.3 ATA NOTARIAL X ESCRITURA PÚBLICA: DISTINÇÕES

A ata notarial e a escritura pública não se confundem.

A propósito desta distinção, confira-se o magistério de Valmir Gonçalves da Silva:

São visíveis as diferenças – conceitos, elementos e aplicação – entre as Escrituras Públicas e a Ata Notarial. Vejamos alguns:

- 1) “A ata notarial distingue-se claramente da escritura pública: esta, a conter declarações de vontade; aquela, a conter o testemunho de fatos presenciados pelo Notário”.
- 2) “A escritura pública instrumentaliza um ato jurídico que pode ser unilateral ou bilateral. A Ata Notarial é sempre unilateral: **só um comparecente (o Notário) deve registrar sua observação pessoal sobre o fato**”.
- 3) “Para ser objeto de Ata Notarial não pode ser objeto de escritura pública. A diferença básica entre ambas é a existência, ou não, de declaração de vontade, que está presente na escritura, e ausente na ata. A ausência de manifestação de vontade é justamente o que caracteriza o fato jurídico, que é o objeto da Ata Notarial”.
- 4) Na Ata Notarial, a vontade do requerente é exteriorizada – se materializa – pela NARRAÇÃO de um fato jurídico presenciado pelo Notário, através de uma linguagem própria e da observação desse fato. Nas Escrituras, a declaração de vontade da(s) parte(s) se manifesta na REDAÇÃO do próprio ato ou negócio jurídico.

5) A Ata Notarial se destina a registrar um fato existente a partir da observação. A Escritura se destina a dar existência a um fato – ato ou negócio jurídico – a partir de uma manifestação de vontade(s). A primeira faz prova de fatos produzidos a partir dela. A segunda perpetua a prova dos fatos existentes antes dela.

6) Ao contrário das escrituras públicas, na Ata Notarial é incabível o comparecimento de testemunhas para sua validade, posto que, registrando fatos observados pelo Tabelião, é ele a “testemunha profissional” do acontecimento que, com o manto da fé pública, não prescinde de qualquer testemunha. Poderá, sim, fazer alusão à presença delas no momento da observação do fato.

7) “Na escritura pública é imprescindível a assinatura de quem manifestou a vontade. Na Ata Notarial **a assinatura do solicitante é prescindível**, pois, uma vez que nela não há manifestação de vontade a ser confirmada pela assinatura, se o solicitante não a assina, seja qual for o motivo, mas já a requereu – dando início à atuação notarial –, ela estará perfeita eis que o notário já terá captado os fatos com força autenticante”.

8) “Para a lavratura da Ata Notarial não se exige a capacidade da parte solicitante, a subscrição do ato por testemunhas, nem se requer a unidade do ato, nem de contexto”.

9) “Numa escritura de declaração o declarante pode se obrigar e responder pelo que declara. Na Ata Notarial o comparecente não se obriga, mas considerando a natureza do fato jurídico narrado pode ser responsabilizado, não pela ata, mas sim, pelo fato registrado na mesma”.

10) “A Ata admite sua consecução de forma estendida, prolongada. O Notário não está obrigado a redigila no momento em que presencia o fato, pois muitas exigem UMA ou MAIS diligências para a observação do fato; a escritura, teoricamente, é **instantânea**.”

11) A data da lavratura da escritura sempre corresponde à data da manifestação de vontade(s) e da coleta de assinaturas. A data da lavratura da Ata Notarial, em regra, NÃO SERÁ a mesma da solicitação nem tampouco a da verificação dos fatos registrados, até porque esta poderá ocorrer em dias e locais diferentes.

12) Na Ata Notarial não é possível o Notário emitir juízo de valor, opinar, sugerir, declarar, concluir. Deve ser imparcial e objetivo. Na escritura, é possível.

13) “Para colher os elementos de observação para a lavratura da Ata Notarial é possível a verificação dos fatos em dias como sábados, domingos e feriados, inclusive nas horas antecedentes e supervenientes do expediente normal do Tabelionato”.

Outros estudiosos poderiam ser citados, comungando as opiniões já explicitadas de que a Ata Notarial constitui instituto ímpar, autônomo e distinto da escritura pública. Enquanto esta serve para formalizar atos e negócios jurídicos a fim de terem validade e eficácia no mundo jurídico, nos termos da lei, aquela se presta ao registro de fatos, naturais ou voluntários, não havendo sequer manifestação de vontade ou de opinião dos interessados ou do tabelião: o fato é narrado tal qual existe.

Inolvidável, no ponto, que a ata notarial é instituto autônomo, distinto dos demais atos notariais, como ressalta Valestan Milhomem da Costa⁴⁹:

Sendo instituto autônomo, a Ata Notarial brasileira não pode ser redigida em termos que se constituam simples arremedo da Escritura Pública, fazendo-se mister apresentar-se sob forma própria, de modo a não deixar dúvidas acerca da peculiar identidade do ato e de quem o praticou.

A Ata Notarial brasileira não é – e não deve ser – um ato fugaz, vulnerável e aditivo, mas um documento substancial, permanente, completo em si, com identidade própria, que torne perene a prova do fato e o seu conteúdo, não obstante o eventual perecimento do fato que lhe deu origem.

Destarte, não se pode confundir a Ata Notarial brasileira com o auto de aprovação do testamento cerrado, o qual, desaparecendo o escrito do testador, também desaparece, perde a sua eficácia, ainda que o auto, em si, seja poupado do extravio por alguma razão; nem com a nota de aprovação do testamento cerrado, que não obstante reunir algumas características da ata notarial (é registro de um fato consumado, dispensa outra assinatura além da do tabelião) não tem o condão de preservar o conteúdo do fato, não prova o fato na sua substância, senão que o fato existiu, mas não se conhece o seu conteúdo; nem tampouco com o reconhecimento de firma,

49 **Ata notarial. Ainda pela utilização com utilidade. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9001>>. Capturado em 14 de novembro de 2013.

em qualquer de suas modalidades, posto que desaparecendo o documento no qual foi lançada a assinatura, desaparece o próprio reconhecimento da firma, não podendo o tabelião expedir certidão daquele ato-fato, que se esvaiu, nem usar o tabelião eventuais anotações em seu cartório para reproduzir a assinatura reconhecida (por autenticidade ou semelhança), ou o documento no qual foi lançado o reconhecimento da firma, e, por maior razão, não se pode utilizar ata notarial para registro de manifestação de vontade, como é o caso da nomeação de tutor.

Independente da classificação aplicável a qualquer desses atos (protocolar ou extraprotocolar), não podemos identificá-los como Ata Notarial, pois são atos que têm identificação própria no nosso Direito.

Se havemos de divulgar, incentivar e firmar o uso da ata notarial como documento que goza de credibilidade plena para fins de prova em Juízo (ou em qualquer outra situação) de um fato ocorrido, não podemos considerar objeto de ata notarial fatos relatados por interposta pessoa que não tenhamos constatado pessoalmente, nem tampouco denominar de ata notarial um ato que sua eficácia, ou sua própria existência, depende do não perecimento do fato que quer provar.

Com esse propósito, sempre que requeridos a lavrar Ata Notarial seria bom indagar: o que vou registrar na ata notarial é um fato autêntico (constatado por quem lavra a ata) e juridicamente relevante que não é negócio jurídico? A Ata Notarial preservará a prova do fato e seu conteúdo independente da permanência do fato?

Se as respostas forem afirmativas, teremos uma situação típica de Ata Notarial.

Como consequência desta distinção, inadmissível a utilização de ata notarial para a correção de eventual equívoco em escritura pública, como advertem a jurisprudência⁵⁰ e a doutrina⁵¹:

50 “REGISTRO DE IMÓVEIS - Escritura pública de divisão amigável - Erro na descrição dos lotes - Retificação por Ata Notarial - Inviabilidade - Necessária nova manifestação de vontade das partes, por meio de escritura de re-ratificação - Recurso não provido.” (Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Processo CG n.º 2008/00045352, Corregedor Geral Ruy Pereira Camilo).

51 OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 879.

1886-A – A ata notarial pode ser utilizada para a correção de erros de uma escritura anteriormente lavrada?

R- Não. Não pode ser utilizada a Ata Notarial, como instrumento para retificação ou correção de erros em escrituras públicas ou em qualquer outro ato praticado no Serviço Notarial e nem para aditamento ou mesmo para retificação em tais atos, em caso de omissão de algum elemento ou requisito para que deles devia constar.

Nessa hipótese há necessidade de ser lavrada escritura de re-retificação ou de aditamento, conforme o caso, colhendo-se a assinatura de todos os interessados. Caso um Notário lave uma Ata Notarial, para re-ratificar ou aditar ato anteriormente lavrado, tem-se então aí não uma “ata”, mas sim uma escritura de re-ratificação, ou de aditamento, conforme seja a hipótese. Isso porque, na interpretação dos atos jurídicos, não se leva em conta o rótulo ou o título que lhe é dado, mas o seu conteúdo, a sua essência.

Frise-se que o Direito Espanhol admite a correção de erro material ou omissão de instrumento público mediante ata da Subsanação (espécie de ata notarial)⁵².

Outrossim, como decidiu o Tribunal Supremo de Cuba, “[...] *las actas notariales son auténticas en cuanto certifican lo que acontece ante el Notario autorizante, pero no en cuanto a la verdad que entrañen los documentos privados y las manifestaciones personales comprendidas en ellas, que no tienen otro valor que el que corresponde a su propia naturaleza*”⁵³. De igual forma, no Brasil, a ata notarial dá fé pública quanto aos fatos certificados pelo Tabelião, não se estendendo aos documentos privados e manifestações eventualmente nelas compreendidas.

O objeto precípuo da ata notarial é servir de prova pré-constituída, como bem destacado pelo Consejo General Del Notariado da Espanha⁵⁴:

52 GADRET, Sandra Maria. *Op Cit.*, 118.

53 Sentencia n.º 273 de 30 de abril del 2003. Unico Considerando. Ponente Carrasco Casi. Disponível em < http://www.academianotarialamericana.org/base/jurisprudencia/fe_publica3_jurisprudencia_cuba.pdf > Capturado em 10 de novembro de 2013.

54 Disponível em <<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/actas-notariales>> Capturado em 13 de novembro de 2013.

Según el artículo 198 del Reglamento Notarial, *“los notarios, previa instancia de parte (...) extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten y que por su naturaleza no sean materia de contrato”*.

El objeto del acta notarial son, por tanto, los hechos, a diferencia de otros documentos notariales, como las escrituras públicas y las pólizas, en las que se recogen contratos. *“Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios y calificaciones”* (artículo 144 del Reglamento Notarial). Ello significa que el notario en las actas actúa como puro fedatario: se limita a dar fe de hechos que percibe por sus sentidos, aunque también de otros que no se perciben directamente por los sentidos pero que el notario puede considerar acreditados previas las pruebas pertinentes, como en las actas de notoriedad. Pero, en todo caso, las actas no pueden recoger contratos, propios de escrituras y pólizas en las que la intervención notarial es mucho más amplia.

El valor de acta notarial es que prueba de manera incontestable el hecho que constituye su objeto, sin que sea discutible ni siquiera en sede judicial, salvo querrela de falsedad. Su utilidad es grande pues permite al ciudadano pre-constituir pruebas de hechos que probablemente habrán de ser alegados posteriormente en el ámbito judicial, administrativo o privado, cuando quizá esos hechos ya no puedan reiterarse o probarse por haber desaparecido sus efectos, ya se trate de manifestaciones, notificaciones, existencia de objetos, documentos –incluso electrónicos– o personas.

Portanto, a ata notarial objetiva servir de meio de prova, tema que pasamos a abordar.

4 A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

4.1 A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Do Novo Dicionário Aurélio, tem-se que prova é “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa” e “ato que atesta ou garante

uma intenção, um sentimento; testemunho, garantia”⁵⁵.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal⁵⁶ assim dissertam sobre os significados da expressão prova:

A expressão prova pode ser tomada em dois significados distintos. Objetivamente, o vocábulo *prova* concerne aos meios destinados a demonstrar a existência concreta do fato. De outra banda, não se pode negar um senso subjetivo para a compreensão da prova, encarando-a, também, como um verdadeiro estado de convicção que é gerado no intérprete e no aplicador ao analisar os meios apresentados em juízo pelas partes e pelo Ministério Público para o convencimento do julgador. Em síntese, *prova* significa, a um só tempo, os instrumentos de que se vale o magistrado para formatar o seu convencimento, a partir dos fatos que passa a conhecer (v. g., o documento que atesta a existência de um contrato ou a perícia que confirma a filiação), bem assim como o próprio juízo valorativo que se forma a partir dos fatos que são expostos e afirmados.

Deste modo, prova é, a um só tempo, o meio retórico, admitido em lei, direcionado a gerar um estado de convicção quanto à existência de um fato e a própria convicção produzida. Enfim, é a soma dos fatos que produzem um estado espiritual de certeza.

A prova serve ao firmamento da convicção do Magistrado acerca dos argumentos lançados pelas partes. Disto ressaí que o ônus da prova recai a quem interessar sua demonstração (art. 333 do Código de Processo Civil).

Calha definir o que venha a ser meio de prova. Para isso, traz-se à colação o magistério de Pontes de Miranda⁵⁷:

1. *Que são meios de prova.* Os meios de prova pelos quais se ministram os elementos ou motivos de prova são ditos *meios de prova*. Porque mediante eles se firma convicção sobre algum fato, positivo ou negativo, que se alegou. Quem diz meio

55 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio: Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3.^a ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1656.

56 **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB**. 11.^a ed., rev., ampl. e atual, Salvador: Editora Juspodivm, v. 1, 2013, p. 796.

57 **Tratado de Direito Privado**. Campinas, SP: Bookseller, Tomo III, 2000, p. 463.

de prova exclui, portanto, que se trate, quanto a ele, de declaração de vontade ou de manifestação de vontade. Direta ou indiretamente, há enunciado *de fato*. O meio de prova pode consistir em algo que possa ser apreciado pelos sentidos, ou que possa conter apreciações pelos sentidos: dados físicos, exteriorizações de pensamento ou sentimento (documentos, certidões, atestados, laudos periciais, depoimentos de figurantes, ou de testemunhas, confissões, sentimentos revelados em exames de responsabilidade etc.).

Dentre nós, são previstos os seguintes meios de prova (art. 212 do Código Civil de 2002): confissão; documento; testemunha; presunção; perícia.

O objeto da prova são os fatos controvertidos sobre os quais se funda a ação ou a defesa, fatos estes que devem ser pertinentes (relacionarem-se com a causa) e relevantes (capazes de influir na decisão)⁵⁸.

Segundo a legislação processual civil, todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não taxativamente expressos, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação e a defesa (art. 332 do Código de Processo Civil).

Neste contexto, se insere a ata notarial.

4.2 ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

A razão primeira da ata notarial é servir de prova pré-constituída, o que pode ocorrer em processos administrativos ou judiciais.

Trata-se de prova documental, e, como tal, acompanhará a petição inicial e a defesa (arts. 396 do Código de Processo Civil), sob pena de preclusão. Apenas na hipótese de se referir a fato superveniente é que, excepcionalmente, admitir-se-á sua posterior apresentação em juízo (art. 397 do Código de Processo Civil).

Assim como os demais atos notariais, goza da presunção relativa de veracidade⁵⁹, incumbindo ao interessado o ônus processual de desconstituí-la

58 ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2.^a ed., reform., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 460.

59 “RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PROTESTO. INTIMAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DO RECEBEDOR. DESNECESSIDADE. 1. O julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento de defesa se a parte não especifica no momento oportuno as provas que pretendia produzir, quando instada a tanto pelo juiz. 2. Para a

por elementos probatórios hábeis e idôneos.

Em vista disso, traz consigo vários benefícios como a segurança e a celeridade.

A segurança deriva da citada presunção de veracidade, com a inversão do ônus probatório em detrimento daquele que busca desconstituir o dado nela consubstanciado. Demais disso, não obstante dentre nós não haja hierarquia entre as provas nem sua prévia valoração pelo legislador (prova tarifada⁶⁰), é inegável que, dada àquela presunção, pelo menos em tese, a ata notarial é detentora de maior grau de convencimento do Magistrado, incrementando a probabilidade de sucesso na demanda daquele que a utiliza em juízo.

Por sua vez, dada a condição de prova pré-constituída, a ata notarial confere ao interessado maior celeridade na defesa de seu direito, por previamente armá-lo com prova do direito a ser vindicado, inclusive possibilitando o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do Código de Processo Civil). Por exemplo, a lavratura de ata notarial cujo objeto seja o esbulho de um bem imóvel servirá de prova deste fato em ação possessória, conferindo à parte prova documental idônea deste fato não apenas para a concessão de medida liminar, mas ao próprio julgamento antecipado da lide (na prescindibilidade da produção de outras provas).

Consoante destaca José Maria Tesheiner, “enorme é a utilidade prática

validade da intimação do protesto é suficiente a comprovação de que a correspondência foi enviada ao endereço do devedor fornecido pelo apresentante (Art. 14 da Lei 9.492/97). 3. A fé pública de que goza o Tabelião faz presumir a veracidade de suas certidões, que não cede perante simples alegações desacompanhadas de robustas provas.” (STJ, Recurso Especial n.º 784.448/SP, Terceira Turma, Relator(a) HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJE 5/3/2008); “PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PROCURAÇÃO. OUTORGA EM CARÁTER IRREVOGÁVEL, IRRETRATÁVEL E ISENTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CLÁUSULA IN REM SUAM. QUALIFICAÇÃO COMO CESSÃO DE DIREITOS. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SIMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. FÉ PÚBLICA. 1. Nos termos do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova cabe ao autor em relação aos fatos constitutivos do seu direito. 2. A Procuração que encerra a cláusula *in rem suam* não ostenta conteúdo de mero mandato, consubstanciando, em verdade, negócio jurídico dispositivo e translativo de direitos traduzindo verdadeira cessão de direitos. 3. Diante da ausência de provas de que a Escritura Pública de compra e venda de imóvel contém vício de simulação, não há como albergar o pleito de anulação do referido documento, dotado, ademais, de fé pública. 4. Recurso improvido.” (TJDFT, Apelação Cível n.º 20100910246897APC, Primeira Turma Cível, Relator(a) Simone Lucindo, julgado em 29/8/2012). 60 “[...] Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. [...]” (STF, Recurso em Habeas Corpus n.º 91691, Primeira Turma, Relator(a) Menezes Direito, julgado em 19/2/2008).

da ata notarial, sobretudo para comprovação em juízo de fatos relevantes para a decisão da causa”⁶¹.

Defrontado com este panorama, descortina-se amplo campo à utilização da ata notarial como meio de prova, respeitados os limites objetivos (dizem respeito ao conteúdo do ato) e subjetivos (dizem respeito ao Tabelião e demais pessoas envolvidas e seus interesses), como o domicílio, horário de funcionamento, livros obrigatórios, formalidades próprias do título, outorga da delegação, incompatibilidades e impedimentos pessoais, impedimentos disciplinares, incompatibilidades em razão da matéria, princípio da unidade do ato, limites quanto aos fatos⁶².

Registre-se que a ata notarial pode ter por objeto tanto fatos lícitos quanto ilícitos⁶³, entretanto, observando-se ser vedada sua lavratura quando só esse fato já constitui um ilícito⁶⁴.

Não custa lembrar que o Tabelião responde administrativa, civil e penalmente pelo ato que pratica (art. 22 e seguintes da Lei n.º 8.935/1994). Portanto, caso lavre ata notarial contendo dado inverídico é passível da imputação da prática do crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal)⁶⁵.

Colhe-se da doutrina exemplos de adoção da ata notarial⁶⁶:

Podem se constatados por ata notarial: conteúdo de *site* da internet; do texto e da imagem que consta no *site*; vistoria de imóvel; assembleia geral de cotistas ou acionistas de empresas;

61 **Ata notarial como meio de prova - uma revolução no processo civil.** Disponível em <http://www.cartoriopiracaia.com.br/?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=27> Capturado em 6 de novembro de 2013.

62 RODRIGUES, Felipe Leonardo. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Op. Cit.*, p. 128/134.

63 RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial e sua eficácia para a produção de provas com fé pública do tabelião no ambiente eletrônico.** Disponível em <<http://www.toscanodebrito.com.br/2012/03/10/ata-notarial-e-sua-eficacia-para-a-producao-de-provas-com-fe-publica-do-tabeliao-no-ambiente-eletronico-ata-notarial-e-sua-eficacia-para-a-producao-de-provas-com-fe-publica-do-tabeliao-no-ambiente-ele/>> Capturado em 10 de novembro de 2013.

64 KOLLET, Ricardo Guimarães. *Op. Cit.*, 196.

65 No processo n.º 0002857-70.2012.4.05.8100 (11.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará) imputa-se a Tabelião/Registrador, a prática, ao menos em tese, do crime de falsidade ideológica por ter lavrado ata notarial com dados falsos. A pretensão punitiva estatal foi acolhida em primeira instância, pendendo de julgamento apelação interposta pelo réu junto ao Tribunal Regional Federal da 5.ª Região (Apelação Criminal n.º 10089/CE, Segunda Turma, Relator(a) Fernando Braga).

66 MONDEZE, Jussara Citroni *et al.* **Direito Notarial e Registral.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

conteúdo de emails; mensagem em caixa postal de celular; comercialização de produtos; funcionamento e procedimentos em estabelecimentos comerciais, programas de computador etc.

A ata notarial encontra espaço para utilização em vários ramos jurídicos. Citemos alguns exemplos colhidos da jurisprudência pátria:

(a) Justiça Federal: o Tribunal Regional Federal da 5.^a Região expressamente consignou a possibilidade de o contribuinte interessado em aderir ao REFIS demonstrar a indisponibilidade de site da Fazenda Nacional pela lavratura de ata notarial⁶⁷; prova de que textos atribuídos à determinada pessoa estavam disponibilizados na internet⁶⁸.

(b) Justiça do Trabalho: ata notarial que, acompanhada de laudo técnico, busca demonstrar graves falhas em construção⁶⁹; “a ata notarial de fls. 76/77, datada de 14/04/2008, atesta que o nome e a titulação do obreiro foram veiculados no site da ré ainda por alguns meses após o rompimento

67 “TRIBUTÁRIO. REFIS. EXCLUSÃO. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. 1. O contribuinte, ao aderir a parcelamento tributário, submete-se às regras respectivas, não lhe cabendo a possibilidade de usufruir do benefício fiscal sem adesão parcial às suas regras. 2. A Lei instituidora do REFIS (Lei n.º 9.964/2000) é norma especial, atribuindo ao Comitê Gestor desse programa o disciplinamento detalhado dos procedimentos de exclusão dos contribuintes, razão pela qual afasta ela a aplicação de outras legislações de natureza geral sobre o procedimento administrativo comum (Lei n.º 9.784/99) ou tributário (Decreto n.º 70.235/72), não havendo ilegalidade no disciplinamento infralegal de normas de procedimento administrativo, o qual não se confunde com o processo judicial, restando, assim, também, sem razão a alegação da Autora de aplicação ao caso de normas de competência do Processo Civil ou de regras constitucionais de competência legislativa sobre Direito Processual. 3. Não demonstrou, ademais, a Autora a alegada indisponibilidade do sítio do REFIS na rede mundial de computadores época de sua intimação através daquele, o que poderia ter sido feito através de ata notarial, se fosse o caso. 4. Não há qualquer violação ao devido processo legal no procedimento sumário de exclusão do REFIS previsto nas normas do respectivo Comitê Gestor, vez que possível ao contribuinte acompanhar as decisões deste e, se entender cabível, interpor recurso administrativo. 5. Provimento da apelação e da remessa oficial para julgar improcedente o pedido inicial, com a inversão do ônus da sucumbência.” (TRF 5.^a Região, Apelação Cível n.º 409769/PB, Primeira Turma, Relator(a) Desembargador Federal Convocado Emiliano Zapata Leitão, DJE 27/6/2011).

68 TRF 2.^a Região, Apelação Cível n.º 453546, Oitava Turma Especializada, Relator(a) Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, E-DJF2R Data: 26/4/2010, p. 208/209.

69 TST, AIRR n.º 856-57.2012.5.09.0651, Quarta Turma, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, DEJT 8/11/2013.

contratual, como coordenador do curso de Ciências Contábeis, não havendo nos autos informação sobre o dia que foi alterado o sitio eletrônico⁷⁰; demonstração da possibilidade de acesso a acórdãos em *site* de Tribunal⁷¹; demonstração da informação processual obtida no *site* de Tribunal⁷²; demonstração da entrada no exercício da função por Registrador com sua própria equipe, sem o aproveitamento dos empregados do ex-titular da serventia⁷³; demonstração da tempestividade da entrega de notificação ao destinatário⁷⁴.

(c) Justiça Eleitoral: divulgação de mensagem com conteúdo ofensivo em página pessoal de rede social (Facebook) por ocasião de pleito eleitoral⁷⁵; comprovação da transferência de domicílio eleitoral⁷⁶.

(d) Justiça Estadual: posse e não circulação de cheques⁷⁷; envio de mensagens de texto por aparelho celular com conteúdo ofensivo e difamatório⁷⁸; prova de danos causados a imóvel em ação indenizatória⁷⁹; prova de esbulho em ação de reintegração de posse⁸⁰; vistoria de imóvel findo contrato de locação em ação de ressarcimento⁸¹; em ação civil pública em que houve o indeferimento da produção da prova testemunhal ressaltou-se a opção da “ata notarial para esclarecer ou demonstrar a operacionalização da comercializa-

70 TST, RR n.º 2367900-29.2008.5.09.0003, Primeira Turma, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DEJT 6/9/2013.

71 TST, AIRR n.º 2297-32.1998.5.09.0015, Quinta Turma, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, DEJT 19/12/2012.

72 TST, RR n.º 100-71.2005.5.04.0024, Segunda Turma, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, DEJT 26/8/2011.

73 TST, AIRR n.º 21440-30.2007.5.04.0403, Quinta Turma, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, DEJT 27/11/2009.

74 TST, AIRR n.º 12340-59.2004.5.04.0305, Terceira Turma, Relator Juiz Convocado: Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 8/5/2009.

75 TRE/ES, Recurso Eleitoral n.º 25648, Acórdão n.º 169 de 3/4/2013, Relator(a) Gustavo César de Mello Calmon Holliday, DJE 12/4/2013, p. 16).

76 TRE/MG, Recurso Eleitoral n.º 17117, Acórdão de 26/1/2012, Relator(a) José Altivo Brandão Teixeira, DJEMG 2/2/2012.

77 TJRS, Décima Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70050796101, Relator: Ana Beatriz Iser, DJ 10/10/2012.

78 TJRS, Apelação Cível n.º 70044772002, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, DJ 3/10/2011.

79 TJRS, Apelação Cível n.º 70013130612, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Helena Ruppenthal Cunha, DJ 16/11/2005.

80 TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70002607174, Vigésima Câmara Cível, Relator: Rubem Duarte, julgado em 22/8/2001.

81 TJRS, Apelação Cível n.º 599154093, Décima Quinta Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 11/8/1999.

ção e contratação dos seguros questionados⁸²; confirmação do cumprimento de obrigação de fazer consistente na construção de estradas transitáveis⁸³.

Em suma: a ata notarial é passível de ser adotada como meio de prova nas mais diversas instâncias, com inegáveis vantagens, cabendo ao operador do Direito identificar, no caso concreto, situação em que o interesse defendido possa ser por ela resguardado.

4 CONCLUSÃO

Ao final, conclui-se que a função notarial e registral em nosso país, destinada à publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos negócios jurídicos, é de natureza pública, mas prestada em caráter privado, ainda não merecendo aprofundado estudo compatível com sua relevância ao comércio jurídico. Em razão disso, seu potencial ainda carece de exploração.

A lavratura de ata notarial é atribuição conferida aos Tabelionatos de Notas e se distinguem dos demais atos notariais por ter por objeto a autenticação de atos presenciados pelo Tabelião, que os documenta para fins de prova pré-constituída. Traz inegáveis ganhos, como a presunção de veracidade, decorrente da fé-pública de que gozam os atos praticados pelo Tabelião e da qual se origina a imputação ao interessado do ônus processual de desconstituí-la, e maior celeridade na defesa do direito vindicado.

É pouco expressiva a utilização da ata notarial dentre nós, o que se justifica por se tratar de instituto ainda recente e pouco conhecido dos operadores do Direito (aliás, como o Direito Notarial como um todo).

Entrementes, colhe-se da jurisprudência precedentes dos quais se constata que este quadro vem se alterando, passando a ata notarial a ser cada vez mais utilizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2.^a ed., refor., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

82 TJSC, Agravo de Instrumento n.º 2012.037556-4, Terceira Câmara de Direito Público, Relator: Cesar Abreu, julgado em: 24/9/2013.

83 TJMG, Apelação Cível n.º 1.0024.06.264754-0/001, Nona Câmara Cível, Relator(a) Des. (a) Osmando Almeida, julgado em 13/11/2007.

ANTONINI, Mauro. Coord. CEZAR PELUSO. **Código Civil Comentado**. 7.^a ed., rev. e atual., Barueri, SP: Manole, 2013.

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. **Função Notarial e de Registro**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editores, 2011.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Livraria Almedina, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1437.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores Comentada**. 8.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil. REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 7.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173

COSTA, Valestan Milhomem da. Ata notarial. **Ainda pela utilização com utilidade. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9001>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

CRESPO, Gloria Lecaro de. **Las Actas Notariales**. Disponível em: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=158&Itemid=72 > Capturado em 13 de novembro de 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB**. 11.^a ed., rev., ampl. e atual, Salvador: Editora Juspodivm, v. 1, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio: Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3.^a ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1656.

FISCHER, José Flávio Bueno. ROSA, Karin Regina Rick. **Ata notarial e as novas tecnologias**. Disponível em <http://www.cartoriopiracaia.com.br/?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=27 > Capturado em 5 de novembro de 2013.

GADRET, Sandra Maria. **Ata Notarial**. In, *Moderno Direito Imobiliário, Notarial e Registral*. Coord. Cláudia Fonseca Tutikian. São Paulo: Quartir Latin, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15.^a ed., atual., São Paulo: Editora Saraiva, p. 220/221.

GONZALIA, María Victoria. **El valor probatorio de las actas notariales. - Fe pública**. Disponível em <https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/40convencion/trabajos/Actas_Gonzalia.pdf> Capturado em 5 de novembro de 2013.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **Manual do Tabelião de Notas para Concursos e Profissionais**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 193.

LOUREIRO, Luiz Guilherme, **Registros Públicos – Teoria e Prática**. 4.^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4.^a ed., rev., ampl., ref. e ampl., Niterói, RJ: Editora Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.^a ed., ref., ampl. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Campinas, SP: Book-seller, Tomo III, 2000.

MONDEZE, Jussara Citroni *et al.* **Direito Notarial e Registral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. **Aplicações do Direito na Prática Notarial e Registral**. 4.^a ed., rev., atual. e ampl., Leme/SP: BH Editora, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 25.^a ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Coord. Christiano Cassetari. **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 51/58.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial e sua eficácia para a produção de provas com fé pública do tabelião no ambiente eletrônico**. Disponível em <<http://www.toscanodebrito.com.br/2012/03/10/ata-notarial-e-sua-eficacia-para-a-producao-de-provas-com-fe-publica-do-tabe>

liao-no-ambiente-eletronico-ata-notarial-e-sua-eficacia-para-a-producao-de-provas-com-fe-publica-do-tabeliao-no-ambiente-ele/> Capturado em 10 de novembro de 2013.

_____ **Os procedimentos básicos da sua lavratura. Técnica de redação - o coração deste precioso instrumento notarial.** Disponível em <http://www.atanotarial.org.br/artigos_detalhes.asp?Id=6> Capturado em 2 de novembro de 2013.

ROVER, Tadeu. **CNJ confirma proibição de conciliação em cartórios.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-10/cnj-confirma-liminar-proibe-mediacao-conciliacao-cartorios-sp>> Capturado em 23 de novembro de 2013.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. Org. COSTA MACHADO. **Constituição Federal Interpretada. Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo.** 2.^a ed., atual., Barueri, SP: Manole, 2011, p.1245.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 3.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções Fundamentais de Direito Registral e Notarial.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TESHEINER, José Maria. **Ata notarial como meio de prova - uma revolução no processo civil.** Disponível em <http://www.cartoriopiracaia.com.br/?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=27> Capturado em 6 de novembro de 2013.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **A ata notarial como meio de prova e efetivação de direitos.** Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 11, n.º 1, jan./jun. 2008.

PRISIONEIRO DA ESPERANÇA: A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO ATENDIMENTO PSICOLÓGICO DE HOMOSSEXUAIS EGODISTÔNICOS NO BRASIL

Eduardo Victor de Assis Menezes

Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
Bacharel em Ciências Navais com habilitação em Administração Escola Naval do
Brasil – Escola Naval. Especializando em Direito Público
pela Escola da Magistratura de Pernambuco.

RESUMO: Parte da liberdade insuscetível de supressão por interferências sociais ou estatais e também considerada como um dos três elementos nucleares da dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade só pode ser legitimamente limitada por imposição coercitiva de valores externos em condições excepcionais. A partir da análise dos fundamentos da Resolução CFP nº 001/99, do Conselho Federal de Psicologia, o presente trabalho tem por objetivo verificar se as razões apresentadas para a edição da referida norma são capazes de construir uma base aceitável para limitar a autonomia da vontade no atendimento psicológico de homossexuais que sofrem de orientação sexual egodistônica no Brasil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 - Um homossexual que enfrenta transtornos psicológicos associados à sua orientação sexual não pode obter auxílio para mudá-la?; 2 - Homossexuais não são um grupo monolítico de pessoas organizadas em torno de suas características comuns; 3 - Os fundamentos da Resolução; 3.1 - A homossexualidade não é doença, nem distúrbio ou perversão, mas uma possibilidade igualmente saudável e funcional; 3.2 - Homofobia como fonte exclusiva da homossexualidade egodistônica; 3.3 - Não há evidências de que a orientação sexual pode ser alterada por meio de terapias; 4 - Autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; 4.1 - Conteúdo Mínimo da Dignidade; 5 - Conclusões. Referências.

PALAVRAS CHAVES: Homossexualidade. Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia da vontade. Terapias reparativas. Livre orientação sexual.

INTRODUÇÃO

Em 22 de março de 1999, entrou em vigor a Resolução CFP nº 001/99, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. A referida norma, no artigo 3º, proíbe que psicólogos tratem a homossexualidade como doença e vedam, portanto, no Brasil, terapias que se proponham a “curar” homossexualidades. Contudo, depreende-se da leitura do referido artigo a legitimidade de intervenções com a finalidade de alterar a orientação sexual de indivíduos homossexuais quando há transtornos psicológicos associados à orientação sexual e o tratamento é solicitado pelo cliente, respeitando sua vontade.

Entretanto, em 01 de agosto de 2009, o, então, Presidente do Conselho Federal de Psicologia (CFP), Humberto Verona, declarou ao jornal “O Globo”: “Todos os psicólogos que oferecem ou se manifestam a favor de tratamento para modificar a orientação sexual do paciente está passível de processo ético”. Tal manifestação se contrapõe ao entendimento anterior de que seriam permitidas intervenções nos casos em que o cliente, a partir de uma decisão íntima de mudar, solicitasse ao profissional ajuda nesse sentido.

A partir de então, criou-se um verdadeiro tabu sobre o assunto, marcado pelo silêncio e por processos éticos a psicólogos que desenvolviam suas atividades para reduzir o sofrimento psíquico em homossexuais, respeitando a vontade íntima do cliente de mudar. Alguns psicólogos e psiquiatras entendem que, caso seja demandada a mudança pelo cliente, por qualquer motivo que seja, a vontade do paciente deve ser respeitada e o profissional deve ajudá-lo nesse sentido. Outro é o entendimento do Conselho Federal de Psicologia, segundo o qual, no caso de sofrimento psíquico em homossexuais, não se deve cogitar a mudança da orientação sexual do sujeito, ainda que essa seja a sua decisão. Nosso entender é, a princípio, que a autonomia do cliente deve ser resguardada, desde que as intervenções não venham a dar origem a maiores danos do que o indivíduo vem enfrentando com a orientação sexual.

A metodologia do trabalho consiste numa análise dos fundamentos nucleares da resolução a fim de verificar o grau de consenso social sobre o assunto, requisito necessário para legitimar uma limitação à autonomia da vontade do cliente quando o homossexual solicita mudar de orientação

sexual, bem como numa verificação da legitimidade da vedação às terapias reparativas, um recurso desejável para esses indivíduos.

Nesse sentido, o presente artigo não pretende apresentar respostas definitivas quanto ao tema, tão polêmico quanto inesgotável, mas dar partida a esse tipo de discussão e promover uma análise crítica quanto aos limites e possibilidades da autonomia da vontade nesses casos, em que a dignidade da pessoa humana emerge como pano de fundo para reflexões éticas e jurídicas acerca do assunto.

1. UM HOMOSSEXUAL QUE ENFRENTA TRANSTORNOS PSICOLÓGICOS ASSOCIADOS À SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL NÃO PODE OBTER AUXÍLIO PARA MUDÁ-LA?

A orientação sexual se refere ao direcionamento do desejo e/ou do comportamento sexual do indivíduo. Se, para indivíduos do sexo oposto, diz-se heterossexualidade; se, para o mesmo sexo, homossexualidade e se, para ambos, bissexualidade.

Temos, segundo nota da versão atual da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10)¹, que “a orientação sexual por si só não é para ser considerada como um transtorno” (grifo nosso). Partiremos da premissa de que se alguém está feliz e bem ajustado mental e socialmente à sua orientação sexual, não haveria porque ser considerado um “doente”². Contudo, ainda segundo a CID-10, na categoria de Transtornos psicológicos e de comportamento associados

1 A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, designada, no Brasil, pela sigla CID é uma lista revista periodicamente, publicada pela Organização Mundial da Saúde, que fornece códigos relativos à classificação de doenças, além de uma grande variedade de sinais, aspectos anormais e queixas. Nela, cada estado de saúde enquadra-se numa categoria única, com um código correspondente. Atualmente está na 10ª revisão (CID-10). A Organização Mundial da Saúde é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. A saúde é definida nesse mesmo documento como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente ausência de doença ou enfermidade”. O Brasil tem participação fundamental na história do órgão, criado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para elevar os padrões mundiais de saúde.

2 Aliás, não haveria um termo mais inapropriado do que esse ao tratar temas ligados à sexualidade humana, em especial a homossexualidade. Primeiramente, porque o termo nos conduziria a um efeito de uma causa conhecida, o que não é possível hoje. Segundo porque na Psiquiatria e na Psicologia o termo foi abolido, preferindo-se sempre a referir-se a transtorno. E por fim, como veremos a seguir, a atividade psicológica transcende a relação saúde-doença, envolvendo conceitos mais amplos, como auto-realização, ajustamento e bem-estar pessoal.

ao desenvolvimento e orientações sexuais, “qualquer das orientações sexuais podem dar origem a formas de sofrimento psíquico, organizadas em torno da sexualidade”. São elas: Transtorno de maturação sexual, Orientação sexual egodistônica e Transtorno de relacionamento sexual.

Trataremos especificamente da Orientação sexual egodistônica (OSE³). Vejamos o seu conceito, segundo a CID-10:

F66.1 ORIENTAÇÃO SEXUAL EGODISTÔNICA: A identidade ou preferência sexual não está em dúvida, mas **o indivíduo deseja** que isso fosse diferente por causa de transtornos psicológicos e comportamentais associados e **pode procurar tratamento para alterá-la.**(grifo nosso)

A possibilidade de o indivíduo, baseado em sua própria vontade, se submeter a terapias para alterar sua orientação sexual reacendeu as discussões sobre os limites da autonomia da vontade em relação a esse tipo de mudança e a legitimidade da utilização de terapias nesse sentido como um direito de liberdade.

A partir de um histórico das sucessivas revisões da CID, LAURENTI⁴ (1984, p. 344-345), traz um apanhado do histórico da forma de abordagem da homossexualidade no âmbito da OMS. Desde a 6ª Revisão, em 1948, sob o nome de “homossexualismo”, até a 9ª, em 1975, trocaram-se as “etiquetas”, alteraram-se códigos e posições da homossexualidade na lista, mas uma antiga demanda permaneceu: alguns homossexuais sofrem com essa orientação sexual e gostariam de alterá-la. Não é outro o entendimento de ADNET (2013)⁵, para quem a exclusão da homossexualidade como doença da CID “apenas transferiu para outras posições o foco de avaliação psicopatológica de pacientes que sofrem em razão de um comportamento sexual (ou de um desejo sexual) que não desejariam ter, o que não é o caso de poucos”.

3 Nos referiremos, daqui em diante, à Orientação Sexual Egodistônica sob a sigla OSE.

4 Em 1984, Ruy Laurenti era Professor Titular do Departamento de Epidemiologia da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP) e Diretor do “Centro da OMS para a Classificação Internacional de Doenças (Centro Brasileiro de Classificação de Doenças).

5 O Dr. Eduardo Adnet é médico psiquiatra, especialista titulado pela Associação Brasileira de Psiquiatria e Associação Médica Brasileira, além de Membro Titular da Associação Brasileira de Psiquiatria.

Segundo a própria CID⁶, a lista serve apenas como instrumento para codificação dos motivos de consultas em serviços de atendimento médico. Não fosse assim, qual a explicação para se retirar da CID a homossexualidade se permanecem na lista várias entidades que não são doenças, como Calvície e Cabelos Grisalhos? Ou seja, a lista não representa um consenso - seja no âmbito da OMS, seja da comunidade científica - a respeito de qualquer assunto, argumento esse utilizado pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP) como fundamento da resolução.

Apesar da inutilidade, para efeitos científicos, de a homossexualidade figurar ou não na CID, muitos homossexuais se sentiam discriminados com tal disposição e começaram a surgir movimentos sociais para a exclusão da disposição da CID. Então, na 10ª Revisão (1989), a homossexualidade passou a figurar como uma dentre as três orientações sexuais que se podem verificar (heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade).

2. HOMOSSEXUAIS NÃO SÃO PARTE DA “POPULAÇÃO LGBTT”, NÃO SÃO UM GRUPO MONOLÍTICO DE PESSOAS ORGANIZADAS EM TORNO DE SUAS CARACTERÍSTICAS COMUNS

Urge reconhecer que os homossexuais não são um grupo homogêneo de pessoas com inclinações homossexuais unidas em torno de suas características comuns de atração pelo mesmo sexo na defesa de suas preferências sexuais e de seus direitos políticos.

De um lado, alguns estão bem adaptados e felizes por poderem viver livremente a sintonia de sua orientação sexual com os demais aspectos da sua sexualidade, a quem bem cabe o emprego da expressão homoafetividade⁷. De outro, estão aqueles para quem a homossexualidade refere-se à “vivência de uma condição que não desejaram para si, uma condição que é percebida pelos próprios como um infortúnio, uma doença, uma séria limitação à felicidade e realização pessoais [...]” (SANTOS, 2013).

6 Adverte a introdução da lista: “Estas descrições e diretrizes não contém implicações teóricas e não pretendem ser proposições completas acerca do estágio atual de conhecimento dos transtornos”.

7 Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo” (AURÉLIO)

Existem, portanto, de acordo com a percepção que têm de si mesmos no trato com a homossexualidade, homossexuais egossintônicos e egodistônicos⁸. Considerando essas questões de foro íntimo, qualquer tentativa de generalização em torno de indivíduos desse suposto “grupo homogêneo” conduz a uma falsa conclusão de que “todo homossexual é igual”.

O fenômeno da orientação sexual egodistônica em homossexuais revela-se de forma sutil, mas que se desenvolveu em meio a um ambiente social inóspito a avanços para a minimização do sofrimento psíquico que enfrentam os egodistônicos: a militância LGBT⁹. De acordo com o voto do relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 234/2011¹⁰, o Movimento LGBTTT “orientou os militantes homossexuais presentes na Audiência Pública (...) a denunciarem os profissionais que apoiam pessoas que voluntariamente desejam deixar a atração sexual por outras pessoas do mesmo sexo”. Assim, se o Conselho Federal de Psicologia ameaçou de processo ético “Todos os psicólogos que oferecem ou se manifestam a favor do tratamento para modificar a orientação sexual do paciente”, e o Movimento LGBT tem-se empenhado em denunciar profissionais que se proponham a ajudar essas pessoas, que tipo de amparo elas terão e a quem recorrerão quanto ao seu sofrimento psíquico?

Atualmente, apesar de esse tipo de assistência profissional não ser vedada por lei *stricto sensu* no Brasil, o que já foi suficiente para se questionar a constitucionalidade e a legalidade da Resolução¹¹, e haver o reconhecimento jurídico do direito à livre orientação sexual, à intimidade, à privacidade, à saúde psíquica, ao livre desenvolvimento da personalidade e o de não ser discriminado em função de sua condição especial, o tipo de acolhimento indicado pelo CFP para os psicólogos quanto a homossexuais (de forma

8 Egossintônico, adj.: que ou aquele que apresenta seus pensamentos de acordo com a representação que tem de si mesmo. [da fusão de *ego* + *sintonia*, por sua vez derivados do latim *ego* = eu e do grego *sintonia* = união de forças, intensidade]. O estado oposto é a egodistonia [de *ego* + *distonia* = *distúrbio*, *fraqueza*]: quando os pensamentos, impulsos, atitudes e comportamentos contrariam ou perturbam a própria pessoa. Conflito entre o *id* e o *ego*. Um egodistônico clássico é o homossexual que não aceita a própria sexualidade.

9 Sigla que designa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

10 O Projeto de Decreto Legislativo nº 234, de 2011 propõe a sustação da aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º da Resolução CFP nº 001/99.

11 Ação Civil Pública nº 2011.51.01.018794-3, proposta na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cujo objeto é a revogação do art. 3º e do art. 4º da Resolução CFP nº 001/99.

genérica, ao que chamou de “população LGBT”¹²⁾ anulou a autonomia dos indivíduos que sofrem com a OSE. Em que momento essa autonomia é aniquilada? Vejamos: “[...] faz parte das nossas atividades transformar a queixa em demanda. No caso da homossexualidade, a queixa pode ser a orientação sexual, mas esta queixa é demandada e impelida por uma sociedade sexista.¹³⁾”(grifo nosso)

Além da angústia com os transtornos psicológicos que enfrenta, o homossexual egodistônico enfrenta outra: ao procurar o psicólogo com a demanda para “alterar” sua orientação sexual, sua demanda é “transformada” em queixa, na qual, por orientação do CFP, o psicólogo, a despeito da vontade do paciente de mudar de orientação sexual e de o profissional dispor das técnicas necessárias para ajudar o indivíduo em seu intuito, não deve sequer cogitar tal mudança.

Tal postura não parece se coadunar com os padrões internacionais de exercício da Psicologia. Vejamos o que nos diz o Código Geral de Ética para Psicólogos de acordo com a FEAP (Federação Europeia de Associações de Psicólogos), em seus princípios éticos:

“Os Psicólogos concedem respeito apropriado e promovem o desenvolvimento de direitos fundamentais, dignidade e valor de toda a gente. Eles respeitam os direitos das pessoas à sua privacidade, confidencialidade, auto-determinação e autonomia, consistente com outras obrigações profissionais do psicólogo e com a lei”.

A supressão da autonomia e da auto-determinação dos indivíduos nos rumos do atendimento tem ocasionado um aumento do número de indivíduos que, por não desejarem vivenciar a homossexualidade, frequentam, por anos, sessões com esses profissionais que, por serem proibidos de ajudar o paciente a alcançar seu objetivo, acabam perpetuando o sofrimento

12 Declaração de Clara Goldman, Vice-Presidente do CFP, acerca do público-alvo do PDL nº 234/ 2011, que trata do direito dos homossexuais egodistônicos receberem assistência: “O argumento dos defensores do projeto é que a população LGBT tem o direito de ser assistida na perspectiva da reversão da orientação sexual”.

13 Respostas elaboradas pelo CFP aos questionamentos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro-2010 quanto aos fundamentos que embasaram a elaboração da Resolução em comento, disponíveis nos autos da Ação Civil Pública citada no rodapé da página anterior.

deles. Um exemplo é um médico, de Brasília:¹⁴

“Dezoito anos tenho vivido a minha homossexualidade, mas tenho vivido os meus conflitos e **tenho buscado ajuda de profissionais, e não tenho conseguido encontrar assistência, não tenho conseguido encontrar ajuda porque esses profissionais que oferecem esse tipo de assistência temem represálias do Conselho Federal de Psicologia”⁶.(grifo nosso)**

Segundo o CFP, a restrição normativa é justificada pela intenção de beneficência e de proteção do indivíduo. O fundamento é que a utilização de técnicas psicoterápicas no sentido de mudar a orientação sexual possuiria fortes objeções, mesmo quando partem da decisão do próprio sujeito, porque se considera que os agenciamentos sociais heteronormativos incidiriam de forma tão violenta que a ideia de um sujeito que decide, por livre e espontânea vontade, deixar a homossexualidade seria bastante questionável (ÁRDILA, 2007). Desse modo, as terapias, ao invés de ajudarem, acabariam trazendo possíveis danos psicológicos aos clientes.

Necessário se faz, portanto, verificar se haveria uma fundamentação suficiente legítima para justificar o tipo de tutela normativa estabelecida como um autêntico instrumento de proteção da pessoa ou se haveria um paternalismo institucionalizado pelo CFP (motivado pelo fato de os homossexuais sempre terem sido alvo de preconceitos sociais) que anulou a autonomia individual nos rumos do atendimento psicológico.

3. OS FUNDAMENTOS DA RESOLUÇÃO

Falar de sofrimento em homossexuais é uma tarefa que, além de complexa e árdua, é profundamente delicada e polêmica. Não nos lançaremos nessa seara movediça. Estaremos adstritos a verificar o consenso social quanto aos fundamentos da Resolução, que é um dos requisitos legitimadores da intervenção estatal sobre a autonomia privada.

¹⁴ Mencionado no discurso proferido pelo deputado federal Roberto Lucena no plenário da Câmara dos Deputados em 21 de dezembro de 2012, às 11:21h. Disponível a partir de <http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/pesquisaDiscursos.asp>. Acesso em 23/03/2013). A respeito dos homossexuais egodistônicos, o parlamentar utilizou o termo “minorias das minorias”, para designar “um grupo de pessoas de orientação homossexual que, independente do motivo, decidiram se relacionar sexual ou sentimentalmente com pessoas do sexo oposto.”

O alicerce da Resolução está radicado, básica e resumidamente, nos seguintes fundamentos¹⁵, sobre os quais deve haver consenso a fim de legitimar a restrição à autonomia da vontade do indivíduo: a) a homossexualidade não é doença, nem distúrbio e nem perversão, mas uma possibilidade igualmente saudável e funcional; b) a fonte exclusiva de sofrimento em homossexuais é a “homofobia social internalizada”; c) Não há evidências de que a orientação sexual pode ser alterada mediante terapias.

Primeiramente, cumpre-nos trazer a lição de SZANIAWSKI (1988, p. 33), para quem a sexualidade não está adstrita aos limites do círculo biológico (função reprodutora), tampouco à manifestação da libido para a satisfação carnal (fonte de prazer), mas abrange um conjunto de aspectos: o biológico, o psíquico e o comportamental, inclusive os aspectos filosófico, religioso e esotérico. A integração desses aspectos constitui a sexualidade humana.

A problemática da identidade sexual de uma pessoa é, portanto, muito mais ampla do que sua simples orientação sexual, pois considera o comportamento psíquico que o indivíduo tem diante dessa orientação. Assim, o sofrimento psíquico pode surgir a partir do divórcio entre alguns dos componentes da sexualidade, como ocorre na egodistonia sexual, em que o aspecto comportamental (manifestação da libido para a satisfação carnal) se dissocia de algum dos demais.

3.1 A HOMOSSEXUALIDADE NÃO É DOENÇA, NEM DISTÚRPIO OU PERVERSÃO, MAS UMA POSSIBILIDADE IGUALMENTE SAUDÁVEL E FUNCIONAL

Não nos deteremos no embate¹⁶ quanto a ser ou não a homossexualidade um transtorno psicológico, mas verificaremos se é possível que a ho-

15 Os fundamentos utilizados na construção da referida resolução foram obtidos a partir das respostas elaboradas aos questionamentos do Ministério Público do Rio de Janeiro, 2010, ao Conselho Federal de Psicologia, disponíveis nos autos da Ação Civil Pública citada anteriormente.

16 ADNET (2013) alerta que não há qualquer fundamentação científica para a asseveração de que a homossexualidade não é transtorno, distúrbio ou perversão, tampouco há qualquer amparo da Ciência autêntica para a assertiva de que a homossexualidade se trata de uma condição natural e normal. Para tanto, o psiquiatra relata que a retirada da homossexualidade do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (em inglês, *DSM – Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), editado pela Associação Psiquiátrica Americana (APA), e que influenciou fortemente a retirada CID-10, deu-se por votação, o que por si só seria suficiente para demonstrar a falta de substrato científico do procedimento; não fosse o bastante, a referida votação não teria sido aprovada por unanimidade, mas contado com votação a favor da retirada de apenas 32,7% do total de membros da Associação.

mossexualidade possa a vir a causar transtornos psicológicos, o que já seria suficiente para destronar a veracidade de que, em todo e qualquer caso, ela se manifesta como possibilidade igualmente saudável e funcional. Além disso, verificaremos se a retirada da homossexualidade da CID-10 poderia ser utilizada como um referencial para construção da resolução.

A esse respeito, HECKERT¹⁷ (1999) se refere à construção da Resolução em comento:

“A Resolução parece tomar como definitiva determinada posição num assunto em que o saber científico, reconhecidamente, não está estabelecido. Chama a atenção o fato de que teorias e escolas psicológicas que têm postura crítica em relação a práticas homoeróticas tenham sido esquecidas. O Conselho preferiu usar como fundamentação um instrumento mais do uso dos psiquiatras e geralmente muito criticado pelos psicólogos”.

Adicionalmente, cumpre asseverar que o Conselho, ao adotar a CID-10 como fundamentação para a construção da Resolução, acabou por atribuir à lista um poder normativo que ele mesmo se recusa¹⁸.

A respeito de a homossexualidade poder dar origem a transtornos, ADNET (2013) assevera que não se discute o fato de que certos comportamentos e condutas sexuais podem não apenas dar origem a sofrimentos, mas também podem, elas próprias (estas tais condutas), ser o fator desencadeante, ou mesmo a causa, de uma série de transtornos psiquiátricos. E desse conjunto de comportamentos sexuais perturbadores (não conciliados com a identidade íntima do indivíduo), não estaria excluída a homossexualidade dos outros dois tipos de orientação sexual, se considerarmos tanto a CID-10 quanto o DSM.¹⁹(grifo nosso).

Afirmar que a homossexualidade é uma possibilidade igualmente saudável e funcional, em todo e qualquer caso, não resiste, também, à teoria psicanalítica de FREUD (1997, p.23)²⁰, que, apesar de não comprovada,

17 Dr. Uriel Heckert é médico, Doutor em psiquiatria e professor universitário

18 Vide nota de rodapé nº5, p. 4

19 DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), em português, Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais, é um manual elaborado por psiquiatras da Associação de Psiquiatria Norte-Americana (APA). Ele descreve sintomas e agrupa-os em síndromes.

20 FREUD postulou a ideia de bissexualidade constitucional do ser humano, a partir da qual, percorrendo-se diferentes caminhos identificatórios, a orientação sexual se estruturaria. Para ele, a homossexualidade seria uma representação de um fracasso no desenvolvimento sexual nor-

é amplamente difundida no meio acadêmico.

3.2 HOMOFOBIA COMO FONTE EXCLUSIVA DA HOMOSSEXUALIDADE EGODISTÔNICA

Tanto a etimologia da palavra “egodistonia” quanto a vasta literatura psicológica e psiquiátrica corroboram o entendimento de que o sofrimento psíquico na OSE não advém de causas externas, mas que ele se organiza em torno da própria sexualidade. Obviamente que, em certos casos, um homossexual pode querer buscar profissionais para ajudá-lo a vencer preconceitos no sentido de assumir-se, ou mesmo para superar sentimentos íntimos e pessoais de rejeição ou de indiferença por parte de terceiros. Nesses casos, o indivíduo não tem dúvida de que não quer deixar de ser homossexual e não necessária e obrigatoriamente há sofrimento psíquico em decorrência disso, diferentemente da OSE. Nesse sentido, a asseveração de ser a “homofobia social internalizada” a razão do sofrimento psíquico em homossexuais pode até encontrar guarida em alguns casos, mas não em todos.

ADNET (2013) rejeita a teoria da homofobia social internalizada para explicar o sofrimento psíquico em homossexuais egodistônicos. Para ele, os conflitos internos surgem da desarmonia entre quaisquer das orientações sexuais e as **consciências e auto-percepção da identidade** das personalidades do indivíduo (por isso são chamadas ego-distonias, ou seja, **distoam do eu**). (grifo nosso)

A ideia de atribuir à homofobia social internalizada a gênese do sofrimento psíquico a todo e qualquer homossexual é avaliada por GARRIDO²¹ (2012) como “bastante simplória e destituída de fundamentos”. Para tanto, ele argumenta que os caminhos da sexualidade humana são demasiado complexos para “caber em molduras pré-fabricadas” e que de qualquer orientação sexual poderiam advir sintomas de “desconforto existencial absolutamente legítimo, **sobretudo se considerarmos e respeitarmos a capacidade de autodeterminação e discernimento de todo ser humano**”. (grifo nosso). Para ele, não fosse assim, seria necessário considerar o desejo

mal, uma saída negativa do complexo de Édipo. É no mínimo estranho que o CFP tenha se reportado à ideia da bissexualidade constitucional mas tenha desprezado as conclusões a que FREUD chegou a respeito da homossexualidade.

21 Dr. Luciano Garrido é psicólogo e especialista em direitos humanos.

sexual como o que há de mais sublime, verdadeiro e irredutível na identidade de alguém, o que não nos parece arrazoado, notadamente considerando os demais componentes da sexualidade.

ADNET (2013) também é claro aqui e distingue, com precisão, os efeitos da percepção afetiva de rejeição da homossexualidade (homofobia) do sofrimento psíquico em homossexuais egodistônicos:

“Egodistonia sexual e percepção afetiva de rejeição de diversos comportamentos sexuais por parte de terceiros não necessariamente possuem relações estanques entre si. Nem a Orientação sexual egodistônica (F66.1) ou o Transtorno do relacionamento sexual (F66.2) parecem poder dar qualquer margem inquestionável para afirmar que percepções afetivas de rejeição de determinados comportamentos sexuais por parte de terceiros possam estar, necessariamente, envolvidas na psicopatogenia de ambos os transtornos acima citados [...]”

3.3 NÃO HÁ EVIDÊNCIAS DE QUE A ORIENTAÇÃO SEXUAL PODE SER ALTERADA POR MEIO DE TERAPIAS

O CFP tem-se posicionado firmemente no sentido de afirmar que não haveria sentido nas terapias reparativas porque elas se destinam a “curar” homossexualidades e passam necessariamente por patologizar a homossexualidade. A esse respeito, cumpre esclarecer que, segundo GARRIDO (2012), a atividade psicológica transcende a relação saúde-doença e que, quando se tenta confinar o campo dessa atividade nesse âmbito, promove-se um reducionismo teórico, o que é inaceitável. Alinha-se a ele nesse entendimento HECKERT (1999). Para eles, a atividade do psicólogo envolve conceitos mais amplos, como auto-realização, ajustamento e bem-estar pessoal. Não cabe à Psicologia apenas tratar, mas orientar, aconselhar e ajudar o indivíduo na busca pelo autoconhecimento, segundo seus próprios valores e aspirações. Assim, desde já, entendemos que o termo “terapia reparativa” - que conduz a tratamento - não corresponde muito bem ao que se quer trazer à luz aqui, que é a possibilidade de aliviar o sofrimento psíquico decorrente da OSE para homossexuais por meio da possibilidade de mudança de orientação sexual quando requerida pelo cliente.

A respeito desse tipo de mudança em homossexuais egodistônicos, diferentes são os posicionamentos. Desde rígidos, alegando total impossibilidade,

a outros, considerando uma liberdade relativa, tendo a força de vontade e a persistência como fatores críticos para o sucesso dessas terapias.

O CFP admite um total fixismo aqui. Associa danos psicológicos em potencial a intervenções nesse sentido e apresenta como respaldo um relatório de 2009 da Associação Norte-Americana de Psicologia (APA), segundo a qual “não há qualquer evidência que apoie a afirmação de que a orientação sexual pode ser alterada por terapia”. Para a autarquia, portanto, ainda que a demanda do indivíduo seja mudar, o psicólogo deve protegê-lo das ações danosas dessas intervenções, suprimindo sua autonomia.

LOBO²² (2012) é mais flexível. Afirma que não é possível curar (por não ser doença), mas que seria possível aliviar conflitos psíquicos e atender o desejo de mudança de orientação sexual do indivíduo. Admite que tais mudanças ainda não são conhecidas por nenhum profissional²³, mas admite que “dependendo da sintonia, da identificação da história de vida do sujeito, de seus modelos, de seu aprendizado e seu **desejo e vontade interior**, etc”(grifo nosso), o indivíduo pode fazer tais mudanças, superar-se e promover mudanças no modo de lidar com a sua sexualidade.

ADNET (2013) afirma que, como o atual estágio da Ciência não permite identificar uma causa para a homossexualidade, não haveria como se asseverar sobre a impossibilidade de mudança. GARRIDO (2013) corrobora esse entendimento e afirma que declarações *a priori* sobre impossibilidade de mudanças não passam de mero “palpite contra todos os indícios”, por não se conhecerem as causas da homossexualidade. GARRIDO (2013) prossegue e afirma, ainda, que o profissional não pode prometer mudança total e definitiva (semelhantemente ao que se faz diante de toda e qualquer demanda do cliente) quanto à orientação sexual de alguém, pois, para ele, “nem todo método terapêutico obtém resultado satisfatório para todos os clientes e (ou) para todos os tipos de queixa”. Acrescenta, ainda, que resultados tangíveis dependem de uma **atitude pró-ativa do cliente: esforço, disponibilidade, colaboração e perseverança**. (grifo nosso). Por fim, assevera que, quando o assunto é eficácia, muitos tipos de abordagem também

22 Marisa Lobo é psicóloga, pós-graduanda em Filosofia de direitos humanos e em Saúde Mental.

23 O próprio posicionamento da psicóloga mudou ao longo da realização do trabalho. A priori manifestou-se no sentido de que mudanças na orientação sexual não eram conhecidas. Após isso, em 05/05/2013, a psicóloga declarou conhecer quase cem casos de ex-homossexuais e estar lutando junto à ONU pelo reconhecimento dos direitos dos ex-gays. (MARTINS, 2013)

são passíveis de questionamento, o que não seria suficiente para justificar proibições fundadas nesse critério, alertando que, também método psicanalítico freudiano, tido como matriz da maioria das técnicas psicoterápicas que lhe sucederam, foi concebido teoricamente a partir de uma clínica inovadora e experimental e que se desenvolveu de forma paulatina.

No sentido prático, GARRIDO (2013) é mais ousado, exemplificando o caso de um ex-travesti brasileiro, hoje, casado e com um filho, Joide Miranda²⁴. A esse respeito afirma: “Não são poucos os casos de gays e travestis que, abandonando suas práticas homossexuais, passaram a viver uma heterossexualidade plena e ajustada dentro de uma família estável”. Para ele, esses dados da realidade devem ocupar espaço na Ciência psicológica a fim de elaborar explicações científicas para promoção de avanços nessa área do conhecimento.

Quanto à possibilidade de mudança de orientação sexual, HECKERT (2003) afirma que atribuir à homossexualidade aspectos biológicos (causa inata e física) conduz a um reducionismo, enquanto que considerar apenas aspectos comportamentais leva a considerá-la como uma imposição biológica, fazendo-se desconhecer a característica mais fundamental do homem: a de fazer escolhas, mesmo diante de limitações, e o direito de revê-las, quando for o caso. Na óptica do psiquiatra e professor, para entender a homossexualidade é necessária uma visão que considere a amplitude das motivações comportamentais, cujas características mais expressivas são **a plasticidade e a possibilidade de mudanças**. O doutor em psiquiatria se reporta a pesquisas que mostram a possibilidade de alteração até mesmo de estruturas do sistema nervoso a partir de influências externas e atitudes pessoais, como ocorre por meio da psicoterapia. Para ele, esse entendimento resguarda melhor a liberdade, ainda que relativa, ao tomar em consideração os indivíduos como seres capazes de tomar decisões e responsáveis, tanto pelo direcionamento quanto pela expressão de seus desejos.

24 Joide Miranda é Presidente da ABEx-LGBT (Associação Brasileira de Ex – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros, entidade com a finalidade de apoiar homossexuais que desejem deixar a homossexualidade voluntariamente. O religioso afirma que a ajuda psicológica, além da espiritual, foi importante para que mudasse de orientação sexual.

A NARTH²⁵ relata que psicoterapeutas em todo o mundo reportam mudanças de orientação sexual por meio de terapia psicológica, espiritualidade e do suporte de grupos de ex-gays, quer para uma vida matrimonial, quer para celibatária compromissada. Informa, ainda, que indivíduos que se submeteram a intervenções para auxiliá-los na promoção da mudança de sua orientação sexual relatam que sentimentos homossexuais não os perturbam mais como no passado. **“As chaves para a mudança são vontade, persistência, e o desejo de investigar os conflitos conscientes e inconscientes dos quais a condição se originou.** A mudança vem lentamente, normalmente em vários anos”.(grifo nosso)

GARRIDO (2013) afirma que, para que uma prática terapêutica seja eticamente condenável, necessário se faz que se atenda a pelo menos uma das seguintes condições: a) Ausência completa de fundamentação teórica; b) Utilização de métodos e técnicas atentatórios à dignidade humana e c) incidência de efeitos iatrogênicos estatisticamente relevantes. A respeito desses requisitos, o psicólogo afirma que, apesar de relativamente novas, as terapias reparativas têm seu arcabouço teórico alicerçado numa longa tradição de base analítica; quanto ao mais, não há estudos sérios capazes de invalidá-las.

Quanto aos potenciais danos psicológicos, a literatura associa-os a casos em que a motivação para buscar as terapias teriam-se originado em fatores externos, e não da decisão do paciente de mudar que, como temos visto, é condição *sine qua non* para o êxito nos casos de egodistonia. Inclusive o relatório (2009) da APA (apresentado pelo CFP para justificar a vedação), ao afirmar categoricamente a impossibilidade de mudança, associa tal impossibilidade, no contexto, a motivações externas ao indivíduo, a partir de influências de grupos religiosos e familiares, e não de motivação íntima.

As terapias reparativas são admitidas nos Estados Unidos, e são tidas por quem as procuram como algo positivo e indispensável para a ampliação da liberdade pessoal e melhoria da saúde psíquica e das condições de vida. Essas terapias representam não apenas um meio de superação dos transtornos psicológicos típicos da OSE, mas, também, uma oportunidade para aqueles que estão descontentes com a homossexualidade e desejam

25 A NARTH (National Association for Research & Therapy of Homosexuality) é uma organização norte-americana profissional e científica que oferece esperança àqueles que lutam contra a homossexualidade indesejada.

vivenciar a sua sexualidade de forma mais plena, conciliando orientação sexual e convicções pessoais.

4. AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A noção de dignidade da pessoa humana estabelece um consenso teórico universal e é encontrada na maioria das Constituições do Pós-Segunda Guerra. Ela está intimamente relacionada com as incalculáveis e complexas manifestações da personalidade humana, o que torna a elaboração de um conceito universal para ela particularmente difícil.

A conceituação jurídica dada por SARLET (2004, p. 59-60) fala de uma qualidade intrínseca que, tanto faz com que o homem seja reconhecido como tal, como o distingue dos demais, tornando-o merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Nesse sentido, os direitos fundamentais se destinariam a assegurar à pessoa proteção contra atos de cunho degradante e desumano, além de “garantir **as condições existenciais mínimas para uma vida saudável**²⁶ e propiciar e promover sua **participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência** e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.(grifo nosso)

É no contexto não apenas da liberdade, mas, também, da intimidade, da privacidade, do livre desenvolvimento da personalidade, além do direito de não ser discriminado em função de sua condição especial, que a dignidade da pessoa humana tem exercido uma função de maior destaque. Nesse contexto, a tomaremos como bússola para verificar a legitimidade da limitação à autonomia pessoal no destino do atendimento psicológico nos casos de OSE em homossexuais.

4.1 CONTEÚDO MÍNIMO DA DIGNIDADE

As complexas e incalculáveis manifestações da personalidade humana tornam particularmente difícil a tarefa de estabelecer como o homem caminha e quais seriam as suas formas de atuação e suas atividades. O homem é um ser altamente dinâmico. Cada pessoa elabora seus próprios pla-

26 Como visto anteriormente na nota de rodapé da pág. 3, segundo a OMS, saúde é “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente ausência de doença ou enfermidade”.

nos e direciona suas ações para alcançar seus objetivos. A escolha destes objetivos não é aleatória. Pelo contrário, eles são resultado dos valores que cada um elege como importantes à sua própria vida. Estes valores se constituem em fatores decisivos e determinantes na construção dos projetos de cada indivíduo e amparam a tomada das providências necessárias para o alcance da plenitude existencial do ser humano.

Sob a óptica da essência da pessoa humana e da projeção dessa essência na realidade, tanto em sua individualidade quanto em sua inter-relação com a sociedade e com o Estado, a dignidade humana contém, em seu núcleo, três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário, possuindo cada um deles implicações jurídicas particulares (BARROSO, p. 128). Segundo ele, ainda, esses elementos constituem o conteúdo mínimo da ideia de dignidade e devem ser analisados com base em uma perspectiva laica, neutra e universalista a fim de conferir à dignidade uma noção aberta plástica e plural.

O conceito de valor intrínseco está intimamente ligado à singularidade da natureza humana, e se opõe ao de valor atribuído ou instrumental. Referindo-se a esse valor, SARLET (2005, p. 33-34) apresenta a fórmula desenvolvida pelo alemão Günter Durig, chamada a fórmula do “objeto”. Ela fala de um atingir da dignidade da pessoa sempre que o indivíduo fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, ou seja, sempre que a pessoa viesse a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Essa “coisificação” abrange, segundo SEELMAN (2005, p. 54-55), não apenas a falta de reconhecimento da liberdade alheia (na competência da titularidade de direitos), mas também o **não reconhecer o indivíduo particular com suas necessidades específicas**. Quem assim o faz degrada o indivíduo em sua dignidade.

No plano jurídico, o valor intrínseco está na gênese de um conjunto de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à *não discriminação por condição especial*, ao *reconhecimento* (respeito à diversidade cultural ou religiosa), o direito à *integridade psíquica ou mental*, que compreende, também, o direito à *privacidade*.

Nesse sentido, SARLET (2005, p. 32) reproduz a lição de Dieter Grimm, um eminente publicista e Magistrado germânico, segundo o qual o elemento valor intrínseco da dignidade gera para o indivíduo o **direito de tomar suas decisões de forma autônoma no que se refere a seus projetos**

existenciais e felicidade e, ainda que essa autonomia lhe falte ou não possa ser atualizada, ainda assim ele deve ser considerado e respeitado pela sua condição humana. SARLET (2005, p. 21) ainda aponta que a doutrina majoritária conforta a conclusão de que o elemento nuclear da noção de dignidade continua sendo reconduzido primordialmente à matriz kantiana, ou seja, centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa), referindo-se à autonomia como uma liberdade considerada em abstrato, “uma capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta[...]”.

A autonomia corresponde “à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, **baseadas na sua própria concepção de bem**, sem influências externas indevidas”²⁷. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos. A noção central aqui é a de autodeterminação: cada indivíduo autônomo estabelece as regras que vão reger a sua própria vida, o que lhe permite “**buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver e de ter uma vida boa**”.(BARROSO, 2012, p. 168) (grifo nosso)

Para o mesmo autor, apesar de significar o livre exercício da vontade, segundo valores, interesses e desejos de cada um, a autonomia não é incondicionada e ilimitada, mas está condicionada: a) à razão (capacidade mental de tomar decisões informadas), b) à independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais), e c) à escolha (a existência real de alternativas). Na prática política e na vida social, a vontade individual é restringida pelo direito, pelos costumes e por normas sociais. Para o eminente constitucionalista, a autonomia pessoal, apesar de estar na origem da liberdade, corresponde somente ao seu núcleo essencial. A liberdade é mais abrangente e pode ser limitada por forças externas legítimas. Contudo, **a autonomia seria a parte da liberdade não passível de supressão por interferências sociais ou estatais uma vez que abrangem as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com a religião, relacionamentos pessoais e concepções políticas.** (BARROSO, 2012, p. 168)

No plano jurídico, a autonomia está na origem de um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, dentre os quais: *autonomia privada e mínimo existencial* (direito fundamental social a condições mínimas de vida) (BARROSO, p. 168-169).

A respeito do mínimo existencial, SEELMAN (2005, p. 51), afirma que

27 Idem, p. 168

o Estado “possibilita o reconhecimento do sujeito, isso é, a **pessoa em sua peculiaridade individual de forma inclusiva em suas necessidades**”.

Já começamos a perceber que os contornos da dignidade humana não são moldados apenas pela autonomia de cada indivíduo. O homem não vive apenas dentro de si mesmo, mas também dentro de uma comunidade e de um Estado. A autonomia, ao passo que protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social, é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva e “essas três formas de ordem social pressupõem e dependem umas das outras, mas estão também em constante tensão” (BARROSO, 2012, p. 174)

Assim, os contornos da dignidade humana são moldados, não apenas pela autonomia pessoal, mas pelas relações da pessoa com outros indivíduos e com o mundo que o cerca. Nesse contexto, temos a dignidade como valor comunitário, com ênfase no papel da comunidade e do Estado “no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa” (BARROSO, p. 173).

Para KOPPERNOCK *apud* SARLET (2005, p. 30), “a dignidade na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana poderia prevalecer em face da dimensão autonômica nos casos em que faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e da bioética).”

Ora, considerando o Estado liberal e neutro no que tange às diversas concepções de bem e uma sociedade pluralista, um desafio se põe aqui: identificar em quais circunstâncias e em que grau seriam legítimas, numa democracia constitucional, essas restrições à autonomia individual.

BARROSO (2012) sustenta que a imposição coercitiva de valores externos, como exceção ao pleno exercício da autonomia, nunca é trivial. Ela exige fundamentação adequada e deve considerar três elementos: (a) **se há um direito fundamental sendo atingido**; (b) **se há dano potencial para outros e para a própria pessoa**; e (c) **o grau de consenso social** sobre a matéria.(grifo nosso).

Para que o dano a si mesmo constitua um base aceitável para a limitação da autonomia pessoal, “**o ônus de comprovar a sua legitimidade vai usualmente recair sobre o Estado, uma vez que o paternalismo deve normalmente levantar suspeitas**”.(grifo nosso)

A respeito do grau de consenso social necessário à matéria, o autor indica a necessidade de legitimação mediante a justificação sobre as bases de um consenso sobreposto²⁸, referindo-se esta a “uma expressão cunhada por John Rawls que identifica as ideias básicas de justiça capazes de ser compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes, sejam religiosas, políticas ou morais”.

CONCLUSÕES

A orientação sexual egodistônica em homossexuais consiste em uma entidade autônoma, com características distintas da homossexualidade por si só, pois, do ponto de vista psíquico, há transtornos psicológicos e comportamentais associados à orientação sexual e o indivíduo busca, de todas as maneiras, mudar de orientação sexual. O indivíduo rejeita a homossexualidade para si mesmo e a vedação a que psicólogos ajudem-no a mudar criou um verdadeiro drama para esses cidadãos.

Presentemente, a melhor e única terapia para esse transtorno é a chamada reparativa, que pode possibilitar, quando não uma vida heterossexual, uma vida celibatária compromissada, com diminuição dos sentimentos que os perturbam, reconduzindo-os a uma vida social normal. Nesses casos, o sucesso depende da vontade e da persistência do indivíduo, intimamente ligados à autonomia pessoal.

Como vimos, no caso específico da orientação sexual egodistônica, a vedação às terapias reparativas não consiste em um modo de proteção à integridade psíquica do indivíduo. Pelo contrário, aumentam o desespero daqueles que se vêem como prisioneiros da própria orientação sexual, trazendo as mais nefastas consequências além das psíquicas, como o direito à privacidade (liberdade de escolha), o direito à intimidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Considerando os elementos nucleares da dignidade da pessoa humana, entendemos que a resolução, ao contar todos os homossexuais como parte da Comunidade LGBTT, não reconheceu o homossexual egodistônico como indivíduo particular com necessidades específicas, degradando-o no valor intrínseco de sua dignidade.

28 Nota de rodapé (p. 175). V. John Rawls, the ideia of overlapping consensus, Oxford Journal of Legal Studies, n.7, p. 1, 1987

Quanto à autonomia como núcleo da dignidade, temos que a resolução, enquanto imposição coercitiva de valores externos à autonomia individual dos cidadãos, deveria estar alicerçada sobre fundamentação adequada, capaz de atender ao amplo espectro de homossexualidades possíveis. Além disso, deveria demonstrar: (a) direitos fundamentais atingidos; (b) dano potencial para a própria pessoa; e (c) o grau de consenso social sobre a matéria. Entendemos que, quanto ao primeiro aspecto, os fundamentos da resolução não demonstram possibilidade de ofensas para os casos em que o cliente busca a mudança a partir de uma decisão íntima, mas apenas para aqueles em que há imposição de tratamento por agentes externos. Quanto ao segundo, vimos que não houve comprovação legítima pelo CFP de possíveis danos ao indivíduo adulto que decide se submeter à terapia reparativa capazes de constituir uma base aceitável para a limitação da sua autonomia pessoal. Pelo contrário, vimos que a vontade e a persistência são as chaves para o sucesso nesses casos e que tais terapias se constituem como algo indispensável para a melhoria da saúde psíquica e um ganho em termos de liberdade pessoal para quem as busca. Quanto ao terceiro, esse é o mais frágil da resolução pois seus fundamentos não são compartilhados pelas diferentes e abrangentes doutrinas psicológicas a respeito do assunto, o que causou sectarismos, podendo-se falar, inclusive, em ofensa ao livre exercício da profissão.

À luz da autodeterminação consciente e responsável pela própria vida, e considerando-se os danos psíquicos advindos de uma orientação sexual egodistônica, parece-nos mais razoável, de acordo com a liberdade do indivíduo de orientar-se sexualmente como bem entende, mesmo com limitações, e com o direito à saúde psíquica, permitir o acesso às terapias reparativas mediante o consentimento livre e esclarecido dos possíveis resultados a que elas podem conduzir.

REFERÊNCIAS

ADNET, Eduardo. **HOMOSSEXUALIDADE É DOENÇA?** Disponível em: <<http://dradnet.com/section1/homossexualismo-homossexualidade-e-doenca.html>>. Acesso em 12 abr. 2013.

ARDILA, Rubén. **Terapia Afirmativa Para Homossexuais y Lesbianas**. *Revista Colombiana de Psiquiatria*, v.36, n.1, p.67-75, 2007

AURELIO. **Dicionário**, 5ª edição, fl. 1105

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 919, p. 127-195, mai. 2012.

CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE DOENÇAS In: **WIKIPEDIA: a enciclopédia livre**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Classifica%C3%A7%C3%A3o_internacional_de_doen%C3%A7as>. Acesso em: 12 abr. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP nº 001/99**, 22 mar. 1999. Estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf. Acesso em 25 abr. 2013.

DUARTE, Rachel. **CONSELHO DE PSICOLOGIA E GOVERNO FEDERAL LIGAM PL DA ‘CURA GAY’ À HOMOFOBIA**. Publicado em 21/12/2010, 10:55h. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/12/conselho-de-psicologia-e-governo-federal-ligam-pl-da-cura-gay-a-homofobia>. Acesso em 22 abr 2013.

EGODSINTONIA. In: ScienceBlogs. Disponível em: <http://scienceblogs.com.br/hypercubic/tag/egodistonia/>. Acesso em: 12 abr 2013.

FARINA, Roberto. *Transexualismo. Do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e parafilias*. São Paulo: Novaluna, 1982.

FREUD, Sigmund. **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade**. Rio de Janeiro: Imago (Ed. Standard Brás. Das obras psicológicas completas), 1997.

GARRIDO, Luciano. **Carta aberta aos psicólogos do Brasil**, Junho 2012. Disponível em <<http://www.midiaseम्मascara.org/artigos/direito/13187-carta-aberta-aos-psicologos-do-brasil.html>>. Acesso em 22 abr 2013.

GARRIDO, Luciano. **Sobre as terapias reparativas**, Fevereiro 2013. Disponível em <<http://www.midiaseम्मascara.org/artigos/ciencia/13900-sobre-as-terapias-reparativas.html>>. Acesso em 22 abr 2013.

HECKERT, Uriel - **Bem intencionada, mas...** – Jornal do Psicólogo, ano 16, nº 64, Minas Gerais, Agosto 1999, pág. 15.

KOPPERNOCK, Martin. *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, Badeb-Baden: Nomos, 1997

LAURENTI, Ruy – **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças** - Revista de Saúde Pública vol. 18 nº 5, São Paulo, Outubro 1984, pág. 344-345. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rsp/article/view/23236>>. Acesso em 22 abr 2013.

MARTINS, Dan. **Conhecida como a psicóloga que motivou projeto de “cura gay”, Marisa Lobo afirma: “ex-gays existem e precisam ser respeitados”**, Maio 2013. Disponível em <<http://noticias.gospelmais.com.br/marisa-lobo-afirma-ex-gays-existem-precisam-respeitados-53547.html>>. Acesso em 20 jun 2013.

NARTH. **THREE MYTHS ABOUT HOMOSEXUALITY**. Disponível em: <<http://www.narth.com/menus/myths.html>>. Acesso em 22 abr 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde – CID-10**. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso em 25 abr. 2013

SANTOS, Hugo. Egodistônicos. **Um olhar sobre a problemática da homossexualidade (egodistônica): sua causa e possível cura**. Disponível em < <http://egodistonicos.no.sapo.pt/>>. Acesso em 11/03/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 3 ed., ver., atual. E ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transsexualismo: aspectos médicos e jurídicos/** Elimar Szaniawski. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

KANDEL, E. R. **A biologia e o futuro da psicanálise: um novo referencial intelectual**. Revista de Psiquiatria, Rio Grande do Sul, nº 25 (1): jan/abr 2003, p. 154-155.

SARLET, SEELMAN, **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional /** Béatrice Maurer ... [et al.]; Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed. , 2005.

DA PLURALIDADE DE VÍTIMAS NO CRIME CONTINUADO CONTRA A VIDA

Elvan Loureiro de Barros Correia

Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público Material pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Atua como Defensor Dativo Criminal na Justiça Federal desde 2006.

RESUMO: Ocorre o *delictum continuatum* quando, mediante uma ou mais ações, o agente pratica mais de um crime, nas condições objetivas homogêneas descritas no art. 71 do Código Penal. Diversas peculiaridades devem-se analisar sobre o tema. A principal delas é em relação a homicídios seguidos, pois há diversas decisões admitindo-se a aplicação do parágrafo único do artigo 71, tal como ocorre no famoso processo da Chacina de Vigário Geral, que gerou muita polêmica e impulsionou a modificação do dispositivo legal. Assim como o principal Projeto de modificação legislativa, do Senado, também é analisada minuciosamente neste artigo a citada decisão da Suprema Corte, em que foi relator o Min. Marco Aurélio.

SUMÁRIO: 1 – Da origem do instituto. 2 – Dos requisitos. 3 – Da pluralidade no polo passivo. 4 – Dos crimes contra a vida. 5 – Dos projetos de reforma da legislação. 6 – Da conclusão. 7 – Referências.

Palavras-chaves: Crime continuado. Delito continuado. Continuidade delitiva. Continuidade delitual. Pena. Exasperação. Art. 71 do Código Penal. Bens personalíssimos. Concurso de crimes.

1 DA ORIGEM DO INSTITUTO

Desconhecido pelo Direito Romano, Canônico e Germânico antigo¹, o *delictum continuatum* teve sua origem atribuída, pela maior parte dos doutrinadores, aos práticos italianos no séc. XIV, e somente dois séculos depois é que o instituto foi desenvolvido por Farinácio².

O critério da benignidade foi o impulsionador da criação e desenvolvimento do instituto com o objetivo de evitar a aplicação da pena de morte que ocorria com o terceiro furto, pois o “ladrão famoso” era considerado possuidor da mesma culpa do “ladrão violento”³.

Considerando que a continuidade delitiva ocorre quando o agente comete vários crimes da mesma espécie, mediante mais de uma conduta em condições semelhantes de tempo, lugar e modo de execução, um ladrão que atuava dessa forma poderia, do dia para a noite se ver condenado à morte. Assim, surgiu o instituto do crime continuado para evitar essa injustiça.

O mestre Nelson Hungria⁴ conceitua o instituto como:

Uma pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva, reconhecível pelas condições de tempo, de lugar, maneira de execução e outras semelhantes. É uma série de ações separadas no sentido natural, mas que, em virtude de sua homogeneidade exterior, juridicamente é considerada uma só ação.

Hoje, com as modificações sofridas pela sociedade e a humanização das penas, a benignidade se preocupa não mais em livrar o condenado da morte mais das consequências perversas do sistema do cúmulo material, caracterizado pela soma simples das penas de cada delito individualmente.

1 FONSECA NETO, Alcides. **O Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

2 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 41.

3 Idem, p. 42.

4 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 4ª ed., Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 172, nota 71.

2. DOS REQUISITOS

A configuração legal do delito continuado, em diversas legislações, tem como requisitos geralmente: pluralidade de crimes da mesma espécie; condições objetivas semelhantes, como maneira de execução, lugar, tempo; e de acordo com a teoria adotada, unidade de desígnios ou não.

O elemento subjetivo, que significa propósito ou projeto inicial do agente de atingir um determinado resultado, costuma ser chamado também de *dolo unitário, conjunto, total ou global, mesmo desígnio, unidade de resolução, de projeto ou de programa*. Expressões que embora não sinônimas, traduzem diferenças bastante sutis.

Adotada pela maior parte dos autores alemães e pelo código brasileiro de 1940⁵, como consta expressamente de sua exposição de motivos, a Teoria Objetiva Pura ou Realístico-objetiva⁶ concentra-se apenas nas características objetivas de ligação entre os delitos, ou seja, pela homogeneidade dos fatos exteriores, tomando como base a “realidade apurável objetivamente”, distanciando-se assim da unidade de resolução.

3. DA PLURALIDADE NO POLO PASSIVO

Conforme a natureza do crime, a pluralidade no polo passivo pode ou não ser relevante para a caracterização da continuidade delinquencial, pois se for patrimonial o delito, ela é admitida, porém, se for o crime diretamente contra pessoas dividem-se as opiniões dos autores.⁷

A possibilidade ou não de crime continuado entre crimes que ofendem bens personalíssimos, como a honra, a integridade corporal, a liberdade, o pudor individual e principalmente a vida, foi talvez um dos temas que mais inquietaram doutrinadores e magistrados.

Três são as vertentes a respeito do tema em epígrafe, segundo Pimentel.⁸ A primeira corrente é a restritiva que não admite em hipótese alguma a pluralidade de sujeito passivo, mesmo em se tratando de crimes contra a vida.

5 SZNICK, Valdir. **Delito Continuado**, São Paulo: Lejus, 1994, p. 76.

6 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 17ª ed., Vol. I. São Paulo: Ed. Atlas, 2001, p. 317.

7 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 2ª ed., Vol. I, Tomo II. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1952, p. 525.

8 *Op. cit.*, p. 135.

Na Itália, predomina a corrente liberal, que aceita a pluralidade de sujeitos passivos em qualquer tipo de bem jurídico, inclusive nos personalíssimos.

Por fim, tem-se a posição intermediária, fundada na teoria alemã, que aceitando a pluralidade de vítimas, excetua os bens jurídicos eminentemente pessoais, em que é de se exigir que os crimes sejam perpetrados contra o mesmo sujeito passivo, posto que só podem ser lesados na pessoa de seu titular. Para os demais crimes, é indiferente que a prática seja contra titulares diversos, principalmente se forem incertas as pessoas como nos crimes contra a saúde pública.

No Brasil sempre foi vacilante o posicionamento, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal chegou a emitir a súmula n.º 605 em cujo teor afirmava:

“Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”.

Porém, diante da reforma penal de 1984, passou a lei brasileira a admitir expressamente essa possibilidade, tornando o verbete do Pretório Excelso prejudicado. O ordenamento jurídico passou a prever duas formas de crime continuado: o comum, previsto no *caput* do art. 71, e o específico, no parágrafo único.

Dispõe o parágrafo único do artigo 71:

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

A corrente liberal, portanto, é a adotada pelo Código Penal Brasileiro atualmente, admitindo que as vítimas sejam diversas mesmo em se tratando de crimes contra a vida.

Assim, se os crimes dolosos forem contra bens personalíssimos de vítimas diversas e praticados com violência física ou grave ameaça à pessoa, o delinquente receberá a pena prevista no parágrafo único do citado artigo⁹. Assim é possível haver homicídio continuado, cuja pena será a de um dos delitos aumentada até o triplo¹⁰.

4. DOS CRIMES CONTRA A VIDA

O Supremo Tribunal Federal vem admitindo a aplicação do parágrafo único do artigo 71 em caso de homicídio, como, por exemplo, no famoso processo da Chacina de Vigário Geral, em que foi relator o Min. Marco Aurélio. O paciente fora condenado a 449 anos e 8 meses de reclusão em concurso material pela consumação de 21 homicídios e 4 tentativas, tendo a 2ª turma do Colendo Tribunal concedido a ordem, por unanimidade, para que fossem anuladas as decisões que fixam a pena e aplicadas as regras do crime continuado¹¹.

Fundamenta sua decisão, o citado Ministro-relator, afirmando que o verbete n.º 605 foi editado antes da reforma da parte geral (Lei 7.203/84), por isso foi revogado por ela. Além disso ressalta que o órgão judicante não está autorizado a substituir-se ao legislador.

Narrando os fatos, expõe ele que um dos grupos formados pelos trinta e dois denunciados, agindo em planejada e minudente operação de “extermínio”, se dirigiu a uma “birosca” na favela, onde exigiram a exibição de documentos das pessoas que lá se encontravam, oportunidade em que um dos denunciados jogou uma granada no interior do estabelecimento e após isso os demais integrantes do grupo efetuaram disparos de arma de fogo contra as vítimas ainda não eliminadas.

Votando pela concessão da ordem, conclui o Sr. Ministro:

A repugnância do ato não é suficiente, por si só, ao afastamento do preceito. Vale frisar que nele não se distingue quer considerada a gravidade dos crimes, quer o respectivo número de delitos.

9 DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142.

10 JESUS, Damásio E de. *Direito Penal*, 13ª ed., Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 530.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n.º 77.786-9/RJ, da 2ª Turma, Brasília, DF, 27 de outubro de 1998 *apud* RT 788/515.

Até mesmo o Sr. Ministro Maurício Corrêa, ao votar pela aplicação do crime continuado faz uma observação:

Quero deixar bem claro que, à época, eu era Ministro da Justiça e compareci ao Rio de Janeiro quando a sociedade brasileira se revoltou, e com sobejas razões, em face do que aconteceu. Todavia, não se pode deixar de reconhecer ao paciente o direito de condenado a essas prerrogativas estabelecidas no artigo 71 do Código Penal.

Na leitura atenta dos fundamentos da sentença, percebe-se que os excelentíssimos ministros julgaram dessa forma por ser impossível se fazer qualquer outra interpretação da lei, que é bem clara sem deixar dúvidas.

5. DOS PROJETOS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO

Essa decisão gerou muita polêmica, tanto que foi um dos motivos que impulsionaram a modificação do dispositivo legal do delito continuado, como ocorre no Projeto de Lei do Senado n.º 84, proposto pelo senador Aelton Freitas, em 2004¹², para ser adicionado ao art. 71, do Código em vigor, um parágrafo do seguinte teor:

“§ 2º Em caso de crimes consumados ou tentados contra a vida, não se aplica o disposto no capta (sic) e no § 1º deste artigo. (NR)”

Na justificação, o senador afirma que não se pode aplicar a continuidade delitiva em crimes contra a vida, citando a Chacina de Vigário Geral e também os crimes que envolvem esquadrões da morte:

Enquadrar homicídios em continuidades delitivas é estímulo, por exemplo, aos variados esquadrões de morte que existem hoje no País – muitos compostos até mesmo de policiais –, pois a pena menor significa obtenção precoce de benefícios penais (liberdade condicional, progressão de regime etc.), além de os

12 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n.º 84, de 2004. Acrescenta parágrafo ao art. 71 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, para que não seja considerado crime continuado a prática, mediante mais de uma ação ou omissão, de crimes contra a vida. Brasília, publicado no Diário do Senado Federal de 14 de abril de 2004, p. 10.064.

criminosos se beneficiarem com a multiplicidade de entendimentos hoje vigentes sobre o que é e o que não é a continuação de um crime (modo de execução, local, lapso temporal etc.)

Ao final, cita o ilustre senador um julgado do Supremo Tribunal Federal para demonstrar que essa corte adota o posicionamento da impossibilidade jurídica da continuidade delinquencial de crimes contra a vida, melhor faria, no entanto, se tivesse citado a jurisprudência compendiada na súmula n.º 605, ao invés de apenas um precedente.

Se o parágrafo segundo for incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, passaremos a adotar um sistema que nem é o italiano liberal, sempre admitidor da continuidade, nem é o alemão intermediário, que só não o admite em relação a bens personalíssimos.

Adotaríamos assim uma mistura que estaria mais para sistema Liberal Mitigado, posto que continuaríamos a adotar a teoria liberal incluindo os delitos contra bens personalíssimos, inclusive contra mais de um sujeito passivo, entretanto, teríamos uma única exceção: a de quando o bem jurídico personalíssimo fosse a vida. Nesta hipótese, aplicar-se-ia o concurso material independentemente de ser uma só ou várias as vítimas.

Entretanto, outra proposta de modificação legislativa, o Projeto de Lei da Câmara n.º 3.473, da reforma da parte geral do código penal¹³, tenta modificar o artigo relativo à continuidade delitiva mas não altera em nada esse ponto, continuando a admitir assim o crime continuado em crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

6. DA CONCLUSÃO

Não se pode negar que o instituto do crime continuado representa uma correção para evitar que ocorra injustiça por causa da desproporção entre a periculosidade do agente e o grau de reprovabilidade de sua conduta em relação à pena aplicada ao delinquente.

De acordo com o critério da benignidade, serve o delito continuado para evitar que um ladrão de baixa periculosidade, pelos sucessivos crimes

13 BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 3.473, de 2000. Altera a Parte Geral do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 24 de agosto de 2000, p. 44.966.

praticados nas mesmas condições objetivas descritas no art. 71 do Código Penal, tenha sua pena somada cumulativamente, resultando uma reprimenda penal desproporcional a que ele realmente merece, o que tornaria mais difícil sua ressocialização.

No entanto, em casos de grupos de extermínio ou de chacina, não se deve conceder esse benefício de benignidade, visto que o delinquente aqui equipara-se ao “ladrão violento” do séc. XIV, que merece a reprimenda mais elevada.

Não podem, os julgadores, ficarem obrigados a conceder a profissionais do crime um benefício criado para delinquentes de ocasião. Estes são bem diferentes dos que massacram, trucidam e exterminam, mesmo que seja pela primeira vez, pois tais ações já são indiciárias o suficiente para indicar o *modus vivendi* do agente.

Bem salienta esse ponto, o magistrado Francisco Araújo, ao comentar o parágrafo único, introduzido em 1984:¹⁴

Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-lo, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado aos criminosos ocasionais.

Homicídios em série, da forma que ocorre nas chacinas, muitas vezes até por policiais, como a de Vigário Geral, por exemplo, demonstram a altíssima periculosidade destes agentes e a sua culpabilidade¹⁵ exacerbada impondo reconhecer a maior “reprovabilidade” de sua conduta, e devendo, em princípio, afastar a concessão do benefício da continuidade delitiva.

Não se pode deixar de considerar, no entanto, que é perfeitamente possível haver homicídios dolosos, contra vítimas diversas, com violência ou grave ameaça, praticado de forma **ocasional**, como por exemplo, o marido que, ao chegar em casa, se depara com sua esposa praticando ato sexual com o amante em sua própria cama, ocasião em que mata ambos com arma de fogo. Para este delinquente, deve-se conceder o benefício da continuidade, pois não se pode compará-lo com um profissional do crime.

Aos homicídios citados, não se equiparam os massacres ou chacinas

14 ARAUJO, Francisco Fernandes de. Da aplicação da pena em crime continuado ante a reforma de 1984. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 615, p. 249, 1987.

15 BRUNO, Aníbal, **Direito Penal**. Vol. I, Tomo 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 29.

praticados por grupo de extermínio. Nestes, os agentes, geralmente policiais, ex-policiais ou profissionais do crime, associam-se em quadrilha ou bando para a prática de tais crimes. Os integrantes dessas organizações criminosas incluem-se entre os criminosos de maior periculosidade. São uma ameaça constante à sociedade por estarem sempre se preparando e praticando crimes para atingir os fins da sociedade criminosa a que pertencem.

Não pode o Estado conviver com grupos armados praticando morticínios em massa a revelar a sua impotência em detê-los na sua marcha criminosa. Estes agentes não devem ser beneficiados por uma atenuação à regra geral da cumulação das penas, por serem justamente os que mais necessitam do rigor da lei penal para que se possa manter a ordem social. Diversamente, os homicídios continuados que ocorrem de forma ocasional conforme explicitado, estes sim devem receber reprimenda legal atenuada, tendo em vista a menor probabilidade de dano futuro para a sociedade.

Destarte, o projeto do Senado peca em um único ponto, ao excluir a possibilidade de continuidade delinquencial a **todos** os crimes contra a vida. Poderia ele ser redigido de forma que fossem excluídos apenas **os massacres ou chacinas, praticados por quadrilha ou bando**.

Essa é a única conclusão que se pode chegar, pelo menos por enquanto em que a execução da pena no Brasil é extremamente precária e ainda não se introduziu outra forma de ressocialização verdadeira do delinquente para voltar à vida em sociedade.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 3.473, de 2000. Altera a Parte Geral do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 24 de agosto de 2000, p. 44.966.

_____. Projeto de Lei do Senado n.º 84, de 2004. Acrescenta parágrafo ao art. 71 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, para que não seja considerado crime continuado a prática, mediante mais de uma ação ou omissão, de crimes contra a vida. Brasília, publicado no Diário do Senado Federal de 14 de abril de 2004, p. 10.064.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n.º 77.786-9/RJ, da 2ª Turma, Brasília, DF, 27 de outubro de 1998 *apud* RT 788/515.

BRUNO, Aníbal, **Direito Penal**, Vol. I, Tomo 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FONSECA NETO, Alcides. **O Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1952.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 4ª ed., Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo, Atlas: 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

SZNICK, Valdir. **Delito Continuado**. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1994.

DA DITADURA MILITAR AO ESTADO DE DIREITO: O PAPEL DA OAB NA TRANSIÇÃO À DEMOCRACIA E NO FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Flávia Danielle Santiago Lima

Advogada da União, Professora da UNICAP,
Doutora e Mestre em Direito /UFPE.

Flávia Petronilo de Oliveira Vasconcelos

Licenciatura Plena em História – UFPE, Bacharelada em Direito – UNICAP,
Estagiária da Justiça Federal em Pernambuco – Juizados Especiais Federais.

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a investigar o período histórico compreendido entre a ditadura militar e a transição à democracia, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com atenção ao papel desempenhado pela Ordem dos Advogados do Brasil neste processo. Para tanto, serão analisados os mecanismos de legitimação do regime ditatorial e seus meios de repressão e controle, a desarticulação da sociedade civil nesse período, a crise enfrentada pelo regime, as alternativas de redemocratização brasileira e, por fim, o processo constituinte de 1987-1988, que redundou na institucionalização do Estado de Direito no Brasil.

SUMÁRIO: 1 - Introdução: ditadura e desarticulação da sociedade civil; 2 – A Ditadura Militar: meios de legitimação, repressão e desarticulação civil; 3 - Repressão, violência, tortura e censura: a desarticulação da sociedade civil e suas respostas pontuais; 4 - A OAB e a ditadura militar; 5 - A OAB e o Processo Constituinte; 6 - Constituição de 1988: a OAB e o fortalecimento das instituições judiciais.

Palavras-chave: ditadura, OAB, redemocratização, Constituição.

1 INTRODUÇÃO: DITADURA E DESARTICULAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

A instauração da ditadura militar no Brasil (1964-1985) foi resultado da construção de instrumentos de legitimação que levavam a crer como uma necessidade precípua. Isso se deu de forma ampla, desde a veiculação de ideias de perigo até a construção de um Estado de Direito que amparasse seu governo e suas ações.

A instabilidade política causada pela renúncia de Jânio Quadros, em 1961, foi o subterfúgio necessário para o Golpe Militar. Com o pretexto de prioridade de segurança nacional, os militares instauram o período ditatorial, após a renúncia de Jânio Quadros e a possibilidade de João Goulart vir a assumir a Presidência, com fortes tendências esquerdistas. Seus argumentos giravam em torno da ideia de “perigo comunista” iminente e do desmantelamento do Estado Democrático.

Em torno desse paradoxo de finalidade, o regime precisaria estar fundado em leis que outorgassem prerrogativas que embasassem todas as suas ações e o funcionamento de seu governo. Dessa forma, foi montado um aparato legal para legitimar o regime, sob a imagem de um Estado de Direito.

Revestida da imagem de um Estado Legal, a manutenção do poder dos governantes militares tornou-se inviável, sobretudo em função da ação dos movimentos sociais de resistência contra a ditadura. Dessa forma, o regime foi, cada vez mais, endurecendo sua postura, suprimindo direitos e garantias, em prol da continuidade segura de suas pretensões do regime militar. No plano normativo, teve-se como marco o Ato Institucional n.º 5, que suprimiu, de forma violenta, os direitos e garantias fundamentais dos brasileiros. O controle excessivo às atividades dos cidadãos refletiu em perseguições, torturas, mortes e desaparecimentos de adversários, resultando na desarticulação dos grupos da sociedade civil.

Mas não foi suficiente para calar a voz da insatisfação popular acerca de todos os desmandos do regime militar. Ao lado dos movimentos de resistência, mereceu destaque o papel da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB que, apesar de uma entidade de classe profissional, envolveu-se incisivamente na defesa dos direitos fundamentais. Por essa razão, mostra-se importante avaliar a contribuição da OAB nesse processo histórico de luta pela redemocratização brasileira, ao lado dos demais atores sociais, concretizado com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2. A DITADURA MILITAR: MEIOS DE LEGITIMAÇÃO, REPRESSÃO E DESARTICULAÇÃO CIVIL

Para que se sustentasse, o regime ditatorial veio arraigado em instrumentos de legitimação, a fim de justificar todos os desmandos praticados. Como afirma Hanna Arendt,

jamais existiu um governo baseado exclusivamente nos meios de violência. Mesmo o mandante totalitário, cujo maior instrumento de domínio é a tortura, precisa de uma base de poder – a polícia secreta e sua rede de informantes. Somente o desenvolvimento de soldados-robôs que eliminassem o fator humano por completo e permitissem a um só homem com um botão de comando destruir a quem lhe aprouvesse, poderia mudar esta supremacia fundamental do poder sobre a violência. Mesmo a mais despótica dominação que conhecemos: o domínio do senhor sobre os escravos, que sempre o excediam em número, não repousava em tais meios superiores de coação, mas numa organização superior de poder – ou seja, na solidariedade organizada dos senhores. Homens isolados sem outros que os apoiem nunca têm poder suficiente para fazer uso da violência de maneira bem-sucedida. Assim, nas questões internas, a violência funciona como o último recurso do poder contra os criminosos ou rebeldes – isto é, contra indivíduos isolados que, pode-se dizer, recusam-se a ser dominados pelo consenso da maioria. (ARENDR, 1972: 31)

Da utilização de estratégias de propaganda até a propalação da ocorrência do chamado “milagre econômico”, diversos foram os mecanismos extra-institucionais utilizados como base de sustentação da ditadura. No plano normativo, a edição de Atos Institucionais foi uma das medidas empregadas para assegurar a legitimidade do governo militar. Através da legalidade, ter-se-ia apoio às suas ações, com o estabelecimento de um “elo” entre o ideal democrático e a autoridade militar, espelhado num controvertido arranjo jurídico-político entre os poderes estatais:

A autoridade imporia limites à democracia, ou seja, esta última estaria circunscrita aos parâmetros daquela primeira. Com o primeiro Ato Institucional esclarecia-se o sentido dado pelo regime à democracia: uma forma de submissão do legis-

lativo ao executivo e uma impossibilidade de divergência de toda e qualquer força social. (REZENDE, 2001: 76)

A insistência em pautar suas ações nos princípios da democracia não era sem propósitos, à medida que visava à manutenção do apoio recebido por grupos sociais, principalmente as elites. É o que se percebe do discurso do “movimento de 1964”, sintetizado nas palavras de seu primeiro presidente (1964-1967), o Mal. Humberto de Alencar Castello Branco, assim reproduzidas:

era um poder legal, governando a nação com idéias e propósitos revolucionários. Promoverá o desdobramento de sua institucionalização com emendas à Constituição e reformas de ordem política, econômica e social. E o fará com apreço e em colaboração com o Congresso Nacional, e sob o maior respeito à justiça do País. (in REZENDE, 2013:77)

Nesse ideário, a disciplina imposta pelo regime militar era atrativa para setores sociais mais conservadores, a fim de resguardar seus interesses nas esferas econômica e política. Fazia-se necessário o disciplinamento das massas, pondo termo às greves, às manifestações e às ameaças revolucionárias. Assim, o autoritarismo militar se enquadrava nas necessidades pontuais desses grupos que, por isso, mantinham apoio à ditadura militar. Esse apoio partiu de grupos de latifundiários, dirigentes de empresas multinacionais, imprensa, além da classe média.

Em contrapartida, a legitimidade diante da população era instrumento essencial para a manutenção do regime. Para tanto, os militares se utilizaram de propagandas ufanistas em torno dos mais diversos aspectos da vida social, a abranger desde as conquistas esportivas – sobretudo no futebol – até o denominado “milagre econômico”, como um conjunto de medidas econômicas com intuito de transformar o Brasil em uma grande potência, apesar das grandes contradições entre suas ações e resultados. Era necessário exaltar aquele período associado ao governo militar, como eventos indissociáveis e resultantes do rumo político dado pelo regime ao país.

3. REPRESSÃO, VIOLÊNCIA, TORTURA E CENSURA: A DESARTICULAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL E SUAS RESPOSTAS PONTUAIS

À medida que o regime foi se prolongando, os movimentos de resistência também foram aumentando em número e força. Sendo assim, os militares apresentaram o lado mais perverso e forte do seu regime: repressão e violência. A essa altura, os Atos Institucionais constituíam-se verdadeiros atos de exceção, a fundamentar a ocorrência de coação e opressão, consubstanciadas na usurpação de direitos fundamentais.

O aumento das funções repressoras do Estado, no final da década de 60 e início da seguinte, eram justificadas, pelos seus condutores, como única maneira possível de garantir a ordem e a sujeição de todos àqueles objetivos. Esta subordinação seria alcançada, segundo os militares e os tecnoburocratas, se fosse criado um estado de espírito revolucionário, o qual exigia amplas reformas e saneamentos de costumes e de padrões éticos na sociedade como um todo. (REZENDE, 2013: 369)

Através de um amplo sistema de controle, sindicatos, movimentos estudantis, intelectuais, religiosos e adeptos do governo deposto foram alvo das mais duras perseguições, para que se submetessem ao regime militar. As medidas de repressão intensificaram-se, revestindo-se de violência, a culminar com a supressão dos direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos. Neste ínterim, os principais setores organizados da sociedade civil foram intensamente perseguidos: a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a Associação Brasileira de Imprensa – ABI, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e os diversos sindicatos, dentre outros.

A extinção do pluripartidarismo e a instauração do bipartidarismo foram a manifesta declaração de que não havia espaço para pensamentos contrários ao regime militar foi instituído através do Ato Institucional II, de 1965. A sucessão de cassação de mandatos parlamentares foi a saída para retirar do cenário político aqueles que não se afinassem às propostas e ações dos militares, que se aproximavam de um Estado de Exceção. Nesse contexto de violência do governo de insatisfação social, podem ser relatadas a ocorrência de prisões arbitrárias, tortura, censura, violência, desaparecimento e morte de presos políticos.

Em resposta ao fortalecimento do sistema repressivo, acirravam-se ainda mais os ânimos populares e dos setores remanescentes da sociedade civil organizada, como a OAB, a ABI, a CNBB, os sindicatos, entre outros, que atuaram de forma significativa em prol do reestabelecimento do Estado Democrático de Direito.

4. A OAB E A DITADURA MILITAR

O aumento e fortalecimento dos movimentos de resistência foi resultado direto do distanciamento das propostas iniciais do regime, que erodiu o apoio de determinados setores.

Dentre os atores sociais envolvidos nas reivindicações acerca dos abusos do regime, a OAB se destacou na defesa inicial de seus membros e no desdobramento da sua atuação em defesa dos direitos fundamentais suprimidos com a instauração da ditadura militar. Entre algumas das reivindicações da OAB, pode-se citar: o cessamento das violências praticadas contra os advogados no exercício de suas funções ou em razão delas, a necessidade de restabelecimento do *habeas corpus*, a revogação da pena de morte, o restabelecimento das prerrogativas do Poder Judiciário, o respeito aos direitos fundamentais, entre outras

A atuação da OAB se deu, inicialmente, em razão das arbitrariedades sofridas pelos seus membros, impedindo-os do exercício pleno de sua profissão. Porém, a violência e os abusos praticados pelos militares, de forma cada vez mais contundente, levaram a entidade a se posicionar de forma mais abrangente, não só em defesa de seus membros, mas da sociedade civil como um todo. Dessa forma:

A oposição da OAB tornou-se importante na busca da defesa dos direitos humanos e no debate em torno da revogação da legislação repressiva, assim como, no esclarecimento da opinião pública sobre questões legais e direitos públicos e civis. (ALVES, 1984:210)

O acirramento da tensão entre o regime e os setores da sociedade civil aprofundou-se na década de 70, quando se acentuaram os mecanismos de opressão. Os juristas, conhecedores e intérpretes do aparato normativo, setor que desempenha importante papel na relação entre as expectativas

sociais e as instituições estatais – especialmente as judiciais, não poderiam estar longe dessas questões. Assim,

as constantes violações aos direitos humanos, a tortura e as denúncias nacionais e internacionais de que o regime usava da violência para reprimir opositores confrontou com outros valores também importantes para o próprio discurso do jurista nacional: a liberdade, as garantias individuais, a proibição da tortura. Os juristas, assim como boa parte da sociedade que defendera o golpe, ficaram numa situação vexatória em defender medidas autoritárias, muitas delas infligidas aos próprios membros da corporação dos juristas presos, torturados, impedidos de trabalhar (SKIDMORE, 2000: 329).

No que concerne ao Poder Judiciário,

A instabilidade institucional refletiu-se não apenas nas alterações referentes à estrutura, à composição e às atribuições dos diferentes órgãos que formam o Poder Judiciário, mas também, e talvez sobretudo, sua autonomia. As interferências no Judiciário e nos pressupostos de sua independência constitucional foram constantes, e tanto mais graves quanto mais precária era sua identidade institucional e mais débeis as garantias da magistratura. (...) “em todos os momentos em que se quebrou a ordem democrática, o Judiciário foi sensivelmente abalado. (SADEK, 1995: 14)

A crise do regime ditatorial, a partir do ano de 1974, foi decisiva para o fortalecimento dos setores sociais de oposição aos militares. A inflação, o desemprego, os salários baixos, o aumento da dívida externa e das desigualdades sociais foram um preço muito alto para o chamado “milagre econômico”. Tudo isso gerou o aumento da insatisfação popular, manifestada através do aumento e fortalecimento dos movimentos sindicais e populares.

A OAB teve relevante papel no período de distensão, agindo de forma significativa no rumo e no ritmo de abertura política no país. Embora o governo militar tenha tornado-se insustentável, necessário o acompanhamento do processo de reabertura democrática, garantindo-se sua legalidade e a real democratização do Estado brasileiro.

A abertura democrática não se deu uniformemente, tampouco se originou do consenso entre os militares. A abertura democrática promovida pelo governo de Ernesto Geisel pode ser definida como um processo conturbado, controverso e permeado por avanços e retrocessos. A via político-eleitoral foi aceita pelo Movimento Democrático Brasileiro – MDB, oposição ao regime, que se sagrou vitoriosa no Parlamento. A vitória no Parlamento era a prova da necessidade “O delicado equilíbrio entre essas duas áreas era o ponto mais sensível da abertura, já que era preciso dobrar as resistências à liberalização do regime sem que isso significasse o enfraquecimento do combate à esquerda.” (MOTTA, 2008: 2)

A vitória dos oposicionistas ao governo militar acirrou os ânimos da ala mais conservadora dos militares, que endureceu suas práticas, acentuando a insatisfação e a rejeição populares. Referidas práticas perduraram durante a abertura democrática, mostrando que o processo não estava realmente assegurado e não provinha de um grupo coeso. Assim, o governo de Ernesto Geisel (1974-1979) foi de equilíbrio de forças, à medida que não podia desagradar os militares e não podia se indispor ainda mais com a oposição, já que isso era perigoso para o próprio regime, que não possuía mais sustentação. Segundo suas próprias palavras, “eu tinha que lutar em duas frentes: contra os comunistas e contra os que combatiam os comunistas.” (in MOTTA, 2008: 2)

Na busca pela recuperação dos direitos fundamentais, a OAB se expôs no cenário político e passou a ser alvo de perseguições. Isso se deu de duas formas: perseguição de seus membros, através de sequestros, torturas e impedimento do exercício pleno de suas funções; e perseguição da própria instituição, através de atentados e tentativas de podar a sua autonomia, como a tentativa de submissão de suas contas ao Tribunal de Contas da União. (MOTTA, 2008: 6)

O clamor pelo retorno ao pleno Estado Democrático de Direito não cedia espaço para os retrocessos e abusos do governo militar, culminando com a abertura ao diálogo, principalmente com os setores mais significativos da sociedade civil, dos quais se destaca o papel proeminente da OAB. A subsistência da Lei de Segurança Nacional e de uma rede de informações, que fiscalizava as atividades dos cidadãos, entretanto, constituía-se num obstáculo substancial ao almejado processo.

Portanto, a abertura democrática foi conduzida num meio contra-

ditório. Em 1977, Geisel evidencia essas contradições com o fechamento do Congresso e a instauração do Pacote de Abril, que instituía a indicação de senadores pelo Presidente da República, os chamados senadores biônicos, além da ampliação do mandato presidencial de cinco para seis anos, entre outras medidas.

Deste modo, embora tenha sido um processo comandado pelos militares em resposta às pressões exercidas por parte das elites nacionais, a transição política para a democracia no Brasil decorreu da negociação entre diversos setores, que introduziram “novas condições e tendências na operação do sistema político, contrastantes com a tradição de centralização política no Executivo Federal, que vinha acompanhando a adoção do modelo desenvolvimentista e do corporativismo desde os anos 30” (CASTRO; CARVALHO, 2002: 115).

Não houve uma ruptura institucional. Como toda negociação política, convivia-se, ao lado da comunhão acerca de determinados princípios, com a carência de “elementos de consenso sobre as políticas concretas e as soluções a serem implementadas pelo novo governo, tampouco quanto à direção que se dará ao processo de mudança.” (ABRANCHES, 1988:8). Por isso, a redemocratização institucional brasileira implicou em descontinuidades e desajustes entre as forças que a orientaram.

Foram privilegiados os acordos que favoreceram um processo lento e gradual, que encontrou resistência nas classes médias urbanas, como no movimento de Diretas-Já. Optou-se por manter a governabilidade e as rotinas do processo decisório, sendo nítido um processo de transição negociada. A redução dos custos institucionais de transição, porém, teve a contrapartida da diminuição dos campos das escolhas institucionais possíveis, especialmente as relacionadas com as regras dos processos deliberativos (MORAES FILHO, 2003: 191).

Por força da natureza da profissão de advogado, através da lei e de sua missão social, a defesa da ordem jurídica, da necessidade da elaboração de uma nova Constituição e a defesa das instituições democráticas, a OAB atuou sempre de forma significativa e relevante. Sua atuação foi mesclada pela defesa de seus interesses corporativos e pela defesa dos interesses da sociedade.

A OAB destacou-se como construtora do processo de redemocratização do Estado brasileiro e também por este processo se viu construída em

força e expressão como representante da sociedade civil e como entidade de classe. A OAB passou a ser considerada como forte representante da sociedade civil, o que acabou por repercutir na ativa participação no processo constituinte, na elaboração da Constituição de 1988 e refletindo na grande visibilidade política da instituição na Constituição e diante da sociedade civil, processo que merece análise mais detida.

5. A OAB E O PROCESSO CONSTITUINTE

Com o declínio do regime, já em meados de 1985, discutia-se a necessidade de uma nova Constituição. A carta vindoura seria o ápice desta transição política iniciada no final da década de 70 e que permitiu, por quase toda a década de 80, a convivência de um processo gradativo de redemocratização, simultânea à vigência do Ato Institucional n.º 5, que respaldou juridicamente a ditadura militar.

Havia, contudo, grande dúvida acerca do formato da Assembleia Nacional Constituinte: autônoma ou exclusiva ou congressional, através da atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional eleito. Feita a opção pela assembleia congressional¹, em que pese os embates políticos, podia-se contatar uma ampla coalizão de forças quanto à necessidade de transição. E, assim, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi instaurada durante o governo de José Sarney com o objetivo de debater a nova Constituição Brasileira. O Poder Executivo manteve-se firme como o principal agente condutor das relações políticas, em detrimento das inúmeras forças sociais que participaram da transição à democracia².

1 Como bem mostra João Baptista Herkenhoff, curiosamente, os 23 senadores biônicos (não eleitos pelo voto popular direto), escolhidos em 1982, participaram da Assembleia Nacional Constituinte. <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br12.html> Gênese dos Direitos Humanos Volume I João Baptista Herkenhoff HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

2 Em trabalho em que critica as teorias acerca da transição democrática, numa dissociação entre o processo de institucionalização dos mecanismos democráticos e o comportamento dos atores institucionais, Leo Avritzer lembra que “no caso do Brasil, a democratização teria que ser pensada como o processo de longo prazo de incorporação dos princípios democráticos pela própria sociedade, um processo que certamente ainda não chegou ao seu final, na medida em que podemos claramente perceber que uma série de órgãos do Estado ainda não incorporou a sua estrutura ou a seu funcionamento os princípios da ordem democrática.” AVRITZER, Leo. Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. **Dados:** Revista de Ciências Sociais, n. 28, a. 10, p. 109-122, jun.1995, p. 117.

Em que pese o reconhecimento da sua necessidade, os trabalhos da Assembléia foram iniciados sem previsão dos seus rumos – procedimentais ou materiais. Adotou-se, no primeiro regimento interno, um formato descentralizado, em que os trabalhos iniciavam em subcomissões, que tinham por objetivo apresentar sugestões para as oito Comissões Temáticas, que eram compostas por 63 parlamentares. Tais subcomissões permitiram a aproximação dos constituintes com os setores da sociedade civil organizada. Admitida a iniciativa de emendas populares, noticia-se que foram propostas 122 emendas, que traziam mais de 12 milhões de assinaturas, verificando-se o amparo popular do processo.

Esta descentralização dos trabalhos, segundo as analistas, foi responsável pela amplitude dos temas sujeitos à constitucionalização. Com efeito, os relatórios parciais das Comissões Temáticas, direcionados à Comissão de Sistematização, totalizavam 501 artigos. Após procedimento de votação nesta Comissão, o Primeiro Projeto de Constituição apresentava 496 artigos. A insatisfação com este Primeiro Projeto³ resultou na aprovação de um novo Regimento Interno, em janeiro de 1988, que permitiu – ao final – a conclusão dos trabalhos.

Em verdade, não havia um grupo hegemônico que reunisse condições de impor seu “projeto” ao país. Mas os setores então organizados participaram ativamente do processo, em que predominaram os acordos e complexas negociações:

Nas Assembleias Constituintes convivem a linguagem da negociação e da argumentação, como duas formas de comunicação que ora se justapõem ora prevalecem uma sobre a outra, dependendo das contingências específicas. No caso brasileiro em tela, os recursos comunicativos acima assinalados foram potencializados pela intensa presença de inúmeros grupos e segmentos organizados da sociedade que estabeleceram contato com os constituintes durante os trabalhos constitucionais. (SOUZA, 2003, p. 41)

3 “Tanto o Anteprojeto como o Primeiro Projeto de Constituição, nesse momento, foram altamente criticados por membros do Congresso, pelo Executivo e pela própria opinião pública (ver, por exemplo, Veja, 15/7/1987). O Projeto-A foi considerado como um documento cheio de decisões incoerentes, grande demais, cheio de particularismos, “simplesmente terrível” (idem:30), um verdadeiro “Frankenstein” como ficou conhecido.” GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). **Dados**, 2006, vol.49, no.1, p.193-224, p. 198.

Da diversidade de grupos e interesses envolvidos, destacou-se a atuação dos advogados, que representavam 40,14% dos membros da Assembleia Nacional Constituinte (NUNES, 2002: 23) e, mais precisamente, a OAB, como pontua Carvalho:

Apesar das baixas em seu projeto original, o relator da sub-comissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, o ex-Deputado Plínio de Arruda Sampaio, ressaltou os avanços, entre os mais significativos está a posição de destaque dada ao Ministério Público e à criação dos Juizados Especiais. Outro ponto relevante foi a expressiva participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na Constituição. Além de ser um legitimado ativo sem restrições para propor uma ação direta de inconstitucionalidade, essa entidade é citada várias vezes no texto constitucional. Para Sampaio: “eu achava que era importante a gente criar na sociedade civil postos de fortificação para defender a democracia”. A posição da OAB no desenho constitucional foi além de uma concepção corporativa (afinal 87,5% dos integrantes eram formados em direito), passa por um período de abertura política em que a OAB teve um papel importante, era também uma questão estratégica do ponto de vista de garantir a transição democrática. (CARVALHO, 2005, 112)

A indecisão sobre os mais diversos temas perdurou durante todo o processo constituinte. Havia conflitos entre nacionalistas e os favoráveis à abertura ao capital estrangeiro; ruralistas e defensores da reforma agrária; desenvolvimentistas e os partidários do Estado Mínimo; e parlamentaristas e presidencialistas, dentre inúmeros outros grupos divergentes. Existia, todavia, a responsabilidade de criar as condições jurídicas para a estabilização das instituições governamentais, de sorte que as demandas, nos termos da democracia representativa, fossem processadas pelos meios institucionais, tanto legislativos quanto judiciais. Abria-se aos constituintes o desafio de assegurar instrumentos normativos para a promoção de mudanças sócio-econômicas, aptas a garantir a legitimidade do sistema político e jurídico.

Quanto ao mérito das questões debatidas, somente restava aos diversos setores aceitarem soluções de compromisso, com a positivação de

princípios de conteúdo mais aberto, ou a remissão à posterior regulamentação em lei ordinária das questões constitucionais.

A divergência entre os interesses envolvidos originou um texto constitucional volumoso, mas que adiava os debates sobre os temas mais controversos. Constatava-se, como lembra Faria, um claro descompasso entre as transformações políticas desejadas e as “determinantes sociais das transformações jurídicas possíveis”. E neste contexto, a efetivação das promessas exprimidas na Carta Constitucional foi delegada para um momento posterior, na esperança de arranjos políticos que permitissem sua concretização.

Foi possível impor uma ampla regulamentação, conferindo maior estabilidade a determinadas decisões tomadas (BONAVIDES, 1996: 74). Os grupos comprometidos com a transformação econômica e política, se não tiveram condições de impor suas diretrizes no texto, conseguiram recusar as soluções convencionais do constitucionalismo liberal. De acordo com Faria, foram determinados novos institutos relacionados à dimensão democrática da Constituição e vinculou-se o Estado a um maior envolvimento na regulação social, mediante extensa pauta de direitos sociais.

Igualmente, as expectativas em relação ao resultado dos embates a serem travados no futuro eram diversas, a depender do ponto de vista defendido.

(...) as forças emergentes viam no compromisso a probabilidade de complementação da obra redemocratizadora, especialmente no seu viés redistributivo, pelas mãos de um futuro parlamento mais inclinado a tais propostas; as forças tradicionais apostavam em um mero simbolismo nas conquistas alardeadas, o que as tornava inofensivas para o *status quo*”. (SOUZA JUNIOR, 2004: 119)

6. CONSTITUIÇÃO DE 1988: A OAB E O FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES JUDICIAIS

Desta breve descrição do período constituinte, é possível entender a amplitude dos dispositivos previstos na carta vindoura. Trata-se de uma obra em aberto às futuras gerações, que assegura as condições procedimentais para a discussão dos seus conteúdos. (VIANNA, 1999: 41) Segundo Souza Junior, além da abertura dos seus preceitos, houve a ampliação dos sujeitos políticos aptos a decidir o futuro do Estado. Os mecanismos de participação popular foram alargados, assim como os meios de canalização de expectativas populares às instâncias de poder, que devem constituir-se em arena para a discussão das normas.

A dignidade humana converteu-se no fundamento ético da ordem jurídica, pela adoção de um sistema de direitos e garantias individuais - inclusive contra as omissões do poder público, na previsão de instrumentos de todos os espectros da democracia - direta, semidireta, com a iniciativa popular das leis, referendo popular, plebiscito e outros; participativa e representativa.

Isto porque, ao lado de típicos instrumentos liberais de garantia, como o mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXX, alínea “b”), a ação popular (art. 5º, LXXIII) e a atuação do Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º), foram introduzidos novos institutos. Trata-se de mecanismos de controle das omissões do Poder Público na efetivação dos direitos previstos na Constituição, cujos maiores exemplos são o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

A cidadania política, antes restrita à representação parlamentar, é revolucionada por esta nova cidadania social, que na sua complexidade, prevê outras formas de participação na vida pública. A abertura direciona os institutos democráticos de participação popular ao Poder Judiciário, a quem competirá assegurar a concretização dos direitos fundamentais, quando provocado pelos cidadãos. (CITTADINO, 2000: 43-46; 18-19) A previsão da contribuição dos diversos setores na interpretação, a partir do controle constitucional das leis e da democratização do acesso à Justiça, levaria este poder a intervir de forma direta nas relações travadas entre os indivíduos e o Estado, através da “filtragem” jurídica das expectativas

trazidas à sua apreciação. Alcança-se aquilo que Vianna e Burgos denominam de revolução democrática permanente, pois se dá de modo progressivo, ao encontrar abrigo no próprio texto constitucional.

Portanto, o Judiciário, a partir dos fundamentos teóricos abrigados no texto constitucional vigente e que influenciam a sua interpretação, é destacado como uma das instâncias de poder abertas às expectativas sociais. Como acertadamente comenta Boaventura de Sousa Santos,

a ambiguidade da intervenção dos tribunais, decorrente de sua imprevisibilidade e fragmentaridade, revela-se particularmente útil sempre que as forças políticas não conseguem chegar a um compromisso político em questões estruturantes. (BOAVENTURA, 2001:156)

Após 1988, há um relativo consenso – entre juristas e cientistas políticos - sobre a ocorrência de uma judicialização das relações políticas e sociais no Brasil, verificável pelo fortalecimento e relevância das instituições judiciais e incorporação do discurso jurídico nas interações entre os diversos grupos políticos e sociais.

A judicialização é um fenômeno creditado ao arranjo institucional previsto na Constituição Federal de 1988, em resposta às fragilidades anteriores, sem prejuízo dos dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as “judicializáveis”, diante de um texto analítico, que permite que as mais diversas expectativas sejam criadas em seu nome.

Para Ernani Carvalho, a conjunção entre democracia política, controle recíproco entre os poderes e a previsão de extenso catálogo de direitos fundamentais, com seus correspondentes instrumentos de garantia trazem os contornos gerais deste processo.

Neste modelo, ao assegurar autonomia ao Judiciário e expandir suas competências – exemplificada na adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade -, fortalecer outras instituições do Direito (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública) e canalizar o acesso das demandas políticas através destes meios, tem-se as condições para a expansão deste poder.

E a OAB destaca-se neste processo, uma vez que a CF-88, de modo a evitar novas violações de suas prerrogativas, preceitua:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Além desta previsão expressa, a norma constitucional, em diversas outras oportunidades, menciona a instituição, a denotar sua profunda relevância no universo das instituições jurídicas estatais, ao conferir legitimação ativa ao seu Conselho Federal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, VII), garantir a participação de seus membros nos tribunais de segunda instância, com a regra do “quinto constitucional” (art.94), sem prejuízo das vagas para os tribunais superiores (v.g., STJ, cf. art. 104, II; TST, art. 111-A, I, e outros), determinar sua presença nos concursos públicos para ingresso na Magistratura (art. 93, I) e Ministério Público (art. 129, §3º), sem prejuízo das alterações posteriormente empreendidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Com efeito, após a “reforma do judiciário”, cabe à instituição a indicação de advogado como membro do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B) e Conselho Nacional do Ministério Público (130-A, V).

Por ser um dos instrumentos do processo de restauração democrática, a CF-88 tentou redefinir as “formas de decidir da política nacional” e, dentre outras medidas, fortaleceu as instituições judiciais. O papel da OAB, no intrincado processo que permitiu a transição do regime autoritário para a democracia política, cujo marco jurídico foi a Constituição Federal de 1988, mostra o relevante papel da instituição para o fortalecimento das práticas democráticas, fundamental no caminho rumo à efetiva implementação das promessas do Estado Democrático de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988.

ALVES, Maria Helena Moreira. Estado e oposição no Brasil (1964-1984). 2ª.ed. - Petrópolis: Vozes, 1984.

ARENDT, H. *Sobre a violência*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil. São Paulo: USP, 2005.

CASTRO, Marcos Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 90. **Revista de Sociologia e Política**, n. 18, p. 109-129, jun. 2002, p. 115.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 43-6; 18-19.

Ensaio sobre os impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008. Vol. 1.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. São Paulo: Rio de Janeiro: Graal, 1989

GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). **Dados**, 2006, vol.49, no.1, p.193-224.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197.

MOTTA, Marly. “Dentro da névoa autoritária acendemos a fogueira...” – a OAB na redemocratização brasileira (1974-80). In *Culturas Jurídicas*, volume 3. Número 1 – janeiro/ junho 2008. Disponível: <[HTTP://www.culturasjuridicas.com.br](http://www.culturasjuridicas.com.br)>. Acesso em: 08 de novembro de 2013)

NUNES, Fábio Kerche (2002), **O Ministério Público no Brasil**: Autonomia, Organizações e Atribuições. Tese de Doutorado, Departamento de Ciência Política da USP, São Paulo.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2008.

REZENDE, Maria José. A ditadura militar no Brasil: repressão e pretensão de legitimidade. 1964-1984. Londrina: UEL, 2013.

SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da Justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e democracia: a reforma global da justiça. PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.), **A teia global. Movimentos sociais e instituições**. Porto: Afrontamento, 2001.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castello a Tancredo (1964-1985)**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. Lua Nova, 2003, no.58, p.37-59.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL

José da Costa Soares

Bacharel em Direito pela - Universidade Federal de Pernambuco;
pós-graduado em Direito Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral –
EJE/ESMAPE e em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau.
Atualmente, exerce as suas funções na assessoria jurídica da 3ª Vara Federal - SJPE.

RESUMO: Este artigo examina tema de grande relevo no ordenamento pátrio, qual seja, a questão das causas de inelegibilidades extraídas diretamente do texto constitucional. Num primeiro momento, analisa o conceito de inelegibilidade e as classificações mais abalizadas da doutrina eleitoralista sobre o tema. Num segundo instante, debruça-se sobre o foco central do trabalho, examinando, uma a uma, todas as hipóteses de causas constitucionais de inelegibilidade, arrematando com as conclusões dos pontos estudados e com a bibliografia utilizada na pesquisa.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de inelegibilidade; 3. Classificação das inelegibilidades; 4. Inelegibilidades constitucionais; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Legitimidade. Direitos Políticos. Inelegibilidades. Capacidade eleitoral passiva. Constituição.

1. INTRODUÇÃO

Poucos tópicos têm mais relevo para a seara do Direito Eleitoral do que o tema “inelegibilidades”. A importância tem a sua razão de ser, visto que, em uma República, a questão da representação política é, sem a menor dúvida, assunto da máxima relevância. Sendo uma matéria que implica restrições de direitos políticos, pressupõe, necessariamente, a noção de democracia e de direitos públicos subjetivos.

Os direitos políticos integram o núcleo de proteção fundamental do *jus civitatis*, possibilitando ao cidadão participar na vida política com o exercício do direito de votar e ser votado¹. A democracia, por sua vez, apresenta-se como um procedimento de legitimação do poder político, aquele modelo segundo o qual o poder é exercido diretamente pelo povo, especialmente pela participação na elaboração das leis e nas grandes decisões políticas do país².

Hoje, exercitando o princípio democrático da escolha de seus governantes, o povo politicamente organizado delega atribuições a representantes seus para traçarem regras fundamentais do momento político existente naquela oportunidade, com vistas a que suas normas tenham efetividade e que desmandos observados anteriormente não venham a se repetir futuramente naquele Estado.

Com a redemocratização do Brasil e com o advento da liberdade de informação, é de se reconhecer que houve uma mudança dos hábitos políticos nacionais, sendo crescente a politização do povo brasileiro, bem assim uma maior fiscalização das gestões públicas.

Assim, o presente artigo propõe-se a examinar mais a fundo e de forma particularizada as causas de inelegibilidade de índole constitucional, vale dizer, extraídas diretamente do texto da Lei Maior.

Serão analisadas, em sequência, as inelegibilidades dos inalistáveis, as restrições dos analfabetos, as inelegibilidades decorrentes de reeleição para cargo do Poder Executivo, as relativas ao cônjuge/companheiro, bem assim aos parentes do Chefe do Poder Executivo e, por fim, as inabilitações para o exercício de função pública.

É importante frisar, desde então, que esta pesquisa busca examinar a

1 RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

2 MENDES, Antônio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

matéria de forma atrelada ao estudo do Direito Constitucional correlato, pano de fundo e arcabouço jurídico fundante do ordenamento.

Não se perderão de vista, também, os pronunciamentos da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, bem assim dos Tribunais Regionais Eleitorais, os quais, diga-se de passagem, ampliam, a cada dia, o espaço de influência e atuação na seara eleitoral, confirmando a tônica de dinamicidade e permanente atualização deste ramo do direito.

Como a ciência do direito não é exata, nem estática, mas, ao contrário, problemática e dinâmica, o método a ser utilizado neste trabalho é o pensamento crítico e dialético, apartado de premissas de conteúdo subjetivo.

2. CONCEITO DE INELEGIBILIDADE

O significado literal de inelegibilidade pode ser tomado pelo seu antônimo que é a elegibilidade. Esta é a aptidão de ser eleito por reunir as condições jurídicas exigidas para tanto, de sorte que inelegibilidade, por sua vez, seria a inaptidão de ser eleito, isto é, não possuir as condições de elegibilidade.

Entretanto, a interpretação literal implica equívocos conceituais que desnaturam esse instituto jurídico. Elegibilidade e inelegibilidade são institutos jurídicos distintos e não podem ser tomados, segundo o significado literal, como o verso e o reverso da mesma moeda.

Se observarmos, elegibilidade pressupõe a implementação das condições de outorga do direito público subjetivo de ser votado, ao passo que a inelegibilidade configura a existência de proibição que impossibilita a candidatura. A inelegibilidade visa à garantia da liberdade de voto, a lisura e a legitimidade das eleições. A elegibilidade tem com finalidade a obtenção do voto livre.

Nas palavras dos professores Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra³:

“Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, impedindo-o

3 AGRA, Walber de Moura e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Elementos de Direito Eleitoral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

de exercer seus direitos políticos de forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura; não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto”.

O professor Adriano Soares da Costa⁴, por sua vez, leciona:

“De conseguinte, são condições de elegibilidade todos os pressupostos, constitucionais ou infraconstitucionais, que o ordenamento jurídico crie para a concessão do registro de candidatura, os quais devem estar presentes impreterivelmente na oportunidade do pedido de registro. Todavia, as normas infraconstitucionais não podem criar condições tais que inviabilizem a obtenção da elegibilidade, inibindo o exercício da cidadania e ferindo o Estado Democrático de Direito (art.1º da CF/88). Se assim ocorrer, serão elas inconstitucionais, não por serem criadas por normas de menor escalão (critério formal), mas sim porque afrontam princípios constitucionais fundantes (critério material). Vimos que o direito de praticar atos de campanha e de ser votado (elegibilidade) nasce do fato jurídico de registro de candidatura do nacional. Quem não obteve o direito de concorrer a cargo eletivo não pode participar do prélio eleitoral, sendo, pois, inelegível. A inelegibilidade, de conseguinte, é a ausência de elegibilidade, comum a todos os nacionais que não a tenham obtido através do registro de candidatura. Logo, a inelegibilidade é a regra; a elegibilidade, a exceção”.

Vê-se, portanto, que, para além de exigir do cidadão o preenchimento das condições de elegibilidade, obriga-se que ele não seja enquadrado em nenhuma das causas de inelegibilidade. O motivo da imposição dessa vedação reside em determinadas condições ou circunstâncias que impedem que o cidadão possa exercer um mandato público, representando, assim, a coletividade.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS INELEGIBILIDADES

4 COSTA, Adriano Soares da. Inelegibilidade e inabilitação no Direito Eleitoral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1518>>. Acesso em: 05.05.2014.

A tipologia dos casos de inelegibilidade pode ser analisada pelas mais diferentes formas, como, por exemplo: decorrentes de uma realidade social, *v.g.*, o caso do analfabeto; do núcleo familiar, por exemplo, o § 7º do art. 14 da Constituição da República, que impede a candidatura de filhos na circunscrição eleitoral de seus pais; por impedimentos ao alistamento (os inalistáveis, *v.g.*, os estrangeiros e conscritos), etc.

À luz dos ensinamentos da doutrina mais especializada, podemos resumir a classificação da inelegibilidade nas seguintes hipóteses:

- (a) Inelegibilidade inata, primária, implícita ou imprópria – é aquela que advém da ausência de uma ou mais condições de elegibilidade. Ex.: se determinado candidato não estiver filiado a um partido político, é carente de uma condição de elegibilidade constitucional (art. 14, § 3º, V, da CRFB) e, portanto, inelegível;
- (b) Inelegibilidade cominada, secundária ou própria – é uma restrição sancionatória aplicada em determinada eleição, em virtude da prática de fato com revestimento de ilicitude eleitoral. Subdivide-se em inelegibilidade cominada simples: aquela que impede o nacional de concorrer na eleição em que o ato ilícito ocorreu; e inelegibilidade cominada potenciada: aquela que obsta o nacional de concorrer ao mandato eletivo em um determinado espaço de tempo certo ou indeterminado, dependente de alguma condição extintiva. A inelegibilidade cominada potenciada pode alcançar mais de uma eleição, dependendo do tempo de sua aplicação prevista pelo ordenamento. Essa a razão pela qual pode existir, em uma eleição seguinte àquela em que veio a ser aplicada, o obstáculo-sanção para o deferimento do registro de candidatura, ainda que o nacional seja portador de todas as condições de elegibilidade e preencha os pressupostos de desenvolvimento regular do processo, fixados pela legislação ordinária;
- (c) Inelegibilidade constitucional – são aquelas tratadas diretamente no texto da Carta Magna, *v.g.*, o § 4º do art.

14, ou seja, os inalistáveis e os analfabetos são inelegíveis;

- (d) Inelegibilidade infraconstitucional – são as disciplinadas, por exemplo, no art. 1º, I, alíneas *d* e *e*, da Lei Complementar n.º 64/90 (Lei das Inelegibilidades);
- (e) Inelegibilidades absolutas – referem-se às vedações extensíveis em todo o território nacional ou a qualquer cargo eletivo. Por exemplo, os analfabetos e condenados criminalmente com sentença transitada em julgado por crime eleitoral, no período de 8 (oito) anos, após o cumprimento da pena;
- (f) Inelegibilidades relativas – estão afetas às limitações territoriais geográficas de um estado ou município ou para determinada eleição ou cargo eletivo. Compreendem-se, no conceito, as inelegibilidades para determinada eleição, *v.g.*, o cidadão é servidor municipal e não se desincompatibilizou no prazo de 6 (seis) meses antes da eleição, ou seja, não se afastou do cargo público. Assim, para a eleição que pretende concorrer, é inelegível, mas, para as eleições futuras, não incidirá a vedação. Neste tipo de inelegibilidade a previsão normativa está na Constituição da República ou na própria Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990. A expressão “relativa” tem o significado específico de restrição ao direito de ser votado para uma determinada eleição em razão de relações de parentesco, pela condição funcional do servidor público, seja o militar ou civil, e por motivos vedatórios do sistema de reeleição e desincompatibilização;
- (g) Inelegibilidades nacionais – dizem respeito às eleições nos cargos de presidente da república e vice-presidente. A classificação leva em consideração a circunscrição territorial eleitoral do país;

- (h) Inelegibilidades estaduais – relacionam-se, exclusivamente, com as eleições de âmbito estadual (governador, vice-governador, deputados estaduais e distritais);
- (i) Inelegibilidades municipais – estão afetas à circunscrição eleitoral do município, ou seja, da comarca e atingem as eleições de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores;
- (j) Inelegibilidade reflexa – refere-se ao princípio da contaminação de cônjuge, parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau. Atinge o(a) companheiro(a), os casos de união estável, genros, sogras, cunhados, noras, filhos e netos. Estão excluídos dos reflexos impeditivos do *ius homorum* os primos e tios. Dentro da teorização das inelegibilidades, fala-se, ainda, em autodesincompatibilização (quando é o próprio titular do mandato que se afasta temporária ou definitivamente) e heterodesincompatibilização, na hipótese de afastamento do titular do mandato eletivo para não atingir (contaminar a elegibilidade) de um parente, cônjuge e das pessoas referidas no § 7º do art. 14 da Constituição Federal.

Para aprofundamento, é relevante trazer a estudo as divergências doutrinárias quanto à classificação das inelegibilidades. Segundo o constitucionalista Alexandre de Moraes⁵, as inelegibilidades absolutas e relativas tem outra conotação.

Segundo o autor, inelegibilidades absolutas são aquelas previstas expressa e taxativamente na Constituição Federal e são excepcionais, uma vez que somente poderão ser estabelecidas pela própria Constituição. A inelegibilidade absoluta consiste em impedimento para concorrência a qualquer cargo e refere-se a determinada característica da pessoa que pretende se candidatar, e não ao pleito ou cargo pretendido.

Assim, o indivíduo que se encontrar em qualquer das condições de inelegibilidade absoluta, não poderá concorrer a eleição alguma. Os casos de

5 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

inelegibilidade absoluta são: (1) pessoas inalistáveis (estrangeiros e militares conscritos) e (2) cidadãos analfabetos.

As inelegibilidades relativas, por sua vez, consistem em restrições à elegibilidade para determinados pleitos e mandatos eleitorais, em razão de situações especiais existentes, no momento da eleição, em relação a um cidadão específico. Trata-se da inelegibilidade assim conceituada por Pedro Henrique Távora Niess⁶:

“A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. É a negação do direito de ser representante do povo no Poder”.

O relativamente inelegível possui elegibilidade genérica, porém não a possui para um cargo específico em determinado momento e não poderá se candidatar. A inelegibilidade relativa pode ser dividida em: (1) por motivos funcionais; (2) por motivos de casamento, parentesco ou afinidade; (3) dos militares; (4) por previsões de ordem legal.

Interessante, também, é a distinção entre as inelegibilidades infraconstitucionais e constitucionais observada pelo eleitoralista José Jairo Gomes⁷:

“A distinção que se faz entre inelegibilidades constitucionais e legais não é cerebrina, apresentando inegável relevância prática. Basta dizer que não há preclusão quanto às primeiras, as quais podem ser arguidas na fase do registro de candidatura ou posteriormente, antes ou depois das eleições. A arguição posterior pode ser feita no RCED (CE, art. 262, I). Já as inelegibilidades legais sujeitam-se à preclusão se não forem levantadas na fase de registro de candidatura. Ultrapassado esse momento, não mais poderão ser discutidas, salvo se supervenientes”.

Passemos à análise particularizada das hipóteses de inelegibilidades constitucionais.

6 NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**, 2. ed., Bauru: Edipro.

7 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. Del Rey, 2008.

4. INELEGIBILIDADES CONSTITUCIONAIS

(A) INALISTÁVEIS

Tem como pressuposto a alistabilidade (capacidade eleitoral ativa), ou seja, aquele que não pode ser eleitor, não poderá ser candidato. A Constituição Federal de 1988 assevera que são inelegíveis os cidadãos considerados inalistáveis (art. 14, § 4º). São considerados inalistáveis: os que tiverem os seus direitos políticos perdidos ou suspensos, os estrangeiros e os conscritos.

A perda ou suspensão de direito político consiste na proibição, de forma permanente ou em certo período, de o cidadão exercer suas prerrogativas políticas. Ela, ao mesmo tempo em que nega condição de elegibilidade ao candidato, imputa-lhe uma inelegibilidade que de forma alguma pode ser suprimida enquanto durar a perda ou suspensão dos direitos políticos. Terminado o período de suspensão, desaparece a inelegibilidade existente e é igualmente suprimido esse requisito para o preenchimento das condições de elegibilidade.

Os estrangeiros são cidadãos que não possuem nacionalidade brasileira, não podendo votar ou se alistar como candidato. Por não terem nacionalidade pátria, não preenchem os requisitos de condição de elegibilidade e, da mesma maneira, são inalistáveis. Esses cidadãos ou estão de forma transitória no Brasil ou não cumprem os requisitos necessários à aquisição da nacionalidade ou não querem se naturalizar, faltando-lhes elementos para aqui participar das questões inerentes à coisa pública.

A partir do momento que houver o cumprimento dos requisitos necessários à naturalização, com a sua obtenção, eles adquirem todos os predicativos inerentes aos direitos políticos, ultrapassando esse impedimento ao alistamento.

Os conscritos, denominação dada aos militares durante o serviço militar obrigatório, são considerados inalistáveis. Essa restrição é provisória, visto que atinge apenas o período obrigatório nas Forças Armadas. Depois, continuando sua carreira, pode o militar participar da vida eleitoral normalmente.

O fato de o militar ser inalistável não tem a prerrogativa de anular alistamento anterior já realizado, mas vai suspender seus efeitos até o término desse serviço obrigatório. A legislação eleitoral exige que tanto o início

quanto o término desse período sejam comunicados à Justiça Eleitoral para os registros devidos.

A Constituição Federal permite que o militar se candidate a cargos públicos, diferenciando-se a solução encontrada de acordo com o tempo de serviço na atividade militar: se contar com menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade, deixando de integrar os quadros efetivos das Forças Armadas; se contar com mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

O instituto da agregação ocorre quando o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu corpo, quadra, arma ou serviço, nela permanecendo sem número. Passado o período eleitoral, se conseguiu se eleger, passa para a reserva; se não obteve êxito, retorna às atividades como agregado. Tanto o afastamento da atividade quanto o ato da agregação serão contados da data do registro da candidatura do militar (art. 14, § 8º, da CF).

(B) **ANALFABETOS**

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, no ano de 2010, havia no Brasil mais de 14,6 milhões de analfabetos. A pesquisa refere-se a brasileiros com mais de 10 (dez) anos de idade, o que representa 9,02% (nove vírgula zero dois por cento) da população a partir desta faixa etária.

A inelegibilidade dessa camada da população tem a função de impedir que pessoas desprovidas de capacidade intelectual possam exercer mandato público. Baseia-se na presunção de que, se o cidadão não sabe ler e escrever, não possui condições mínimas de enfrentar e solucionar os problemas da sociedade.

Para Pedro Henrique Távora Niess⁸, “*deve ser considerado analfabeto quem apenas sabe desenhar o seu nome, incapaz de ler o que está subscrevendo*”.

O professor Adriano Soares da Costa⁹ nos ensina que:

8 NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**, 2. ed., Bauru: Edipro.

9 COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998.

“Não existe um conceito unívoco de alfabetismo, de modo a seguramente ser aplicado no Direito Eleitoral. É alfabetizado quem sabe ler e escrever, razoavelmente, ainda que com embaraços de gramática. O grau de alfabetização exigido é mínimo, apenas para que se afaste a hipótese de analfabetismo total, porquanto é inelegível o analfabeto, e não, o semi-analfabeto”.

É importante observar, todavia, que aquele que tem pouca instrução não pode ser considerado analfabeto. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral inclina-se ao entendimento de que o cidadão que sabe assinar o seu nome, mesmo sem saber ler e escrever perfeitamente, é considerado apto ao exercício do voto.

A mera assinatura em documentos, todavia, é considerada insuficiente para provar a condição de semialfabetizado do candidato¹⁰.

Recentemente, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral¹¹, por maioria, asseverou que não se pode presumir o analfabetismo apenas pelo fato de o candidato ter descumprido ordem judicial de se submeter à realização de teste de escolaridade, quando existirem outros elementos capazes de comprovar a alfabetização.

Na espécie vertente, a candidata, no momento do registro de sua candidatura, apresentou declaração de próprio punho para comprovar a sua escolaridade, tendo se recusado, posteriormente, a comparecer em juízo para a realização de teste. O registro foi indeferido sob o fundamento de que a condição de alfabetizada não foi devidamente comprovada, decisão esta mantida pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

O Ministro Marco Aurélio, relator, entendeu que a candidata preenchia o requisito da escolaridade, em razão de possuir habilitação para dirigir, de já ter concorrido em pleitos anteriores e, ainda, de exercer atualmente o cargo de vereador.

O Ministro Henrique Neves, acompanhando o relator, ressaltou que, na linha de precedentes do TSE, a apresentação da Carteira Nacional de Habilitação seria suficiente para a comprovação da condição de alfabetizado. A Ministra Nancy Andrighi, em divergência, entendeu que a recusa da

10 Nesse sentido: RESPE-21732/MG, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes.

11 Recurso Especial Eleitoral nº 96-71, Ituaçu/BA, rel. Min. Marco Aurélio, em 23.4.2013.

candidata em atender a ordem judicial de comparecer em juízo conduzia à presunção do analfabetismo, restando vencida ao final.

O que chama a atenção no referido julgado é que o entendimento que veio a prevalecer fixou-se no sentido de que a obrigatoriedade de o candidato comparecer em juízo para a realização do teste ofendia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Veja-se que a postura de alguns juízes eleitorais no sentido de realizar ditados para aferir se os candidatos são ou não alfabetizados não tem respaldo jurídico, por falta de previsão legal.

Pela sua importância e clareza, transcrevemos o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, estampado no RESPE 21707/PB, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros:

“A Constituição Federal não admite que o candidato a cargo eletivo seja exposto a teste que lhe agrida a dignidade. Submeter o suposto analfabeto a teste público e solene para apurar-lhe o trato com as letras é agredir a dignidade humana (CF, art. 1º, III)”.

De acordo com a Resolução n.º 22.717/2008 do Tribunal Superior Eleitoral¹², é ônus do candidato que pleiteia o registro de sua candidatura perante o Juiz Eleitoral, a comprovação de sua escolaridade, mediante a apresentação do comprovante de escolaridade e, caso não o faça, cabe ao magistrado buscar meios para formar seu convencimento a respeito da instrução do pretendo candidato, desde que individual e reservadamente.

Nesse sentido, vejamos a jurisprudência dos Tribunais Regionais Eleitorais sobre o tema:

RECURSO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ANALFABETISMO. [...] 3) Na análise da alfabetização, por meio de teste, não se exige do candidato boa grafia e uso

12 Art. 29. A via impressa do formulário Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) será apresentada com os seguintes documentos:

(...)

IV – comprovante de escolaridade.

§ 2º A ausência do comprovante a que se refere o inciso IV poderá ser suprida por declaração de próprio punho, podendo a exigência de alfabetização do candidato ser aferida por outros meios, desde que individual e reservadamente.

correto do vernáculo, nos termos do par. 1º, do art. 5º, da Resolução do TRE 248/2004. 4) Descaracterizada a inelegibilidade proclamada. Recurso Provido. Sentença reformada. (Recurso em Registro de Candidato nº 11107, TRE/CE, Catarina, Rel. Jorge Aloísio Pires. j. 09.08.2004, unânime).

RECURSO ELEITORAL EM REGISTRO DE CANDIDATURA. CF/88, ART. 14, § 4º. SEMI-ANALFABETO. DIFICULDADE QUANTO À CORRETA GRAFIA DAS PALAVRAS. ELEGIBILIDADE. [...] 2. A dificuldade em proceder com a correta grafia das palavras, mormente quando estranhas ao vocabulário comum da região, não é de conduzir à conclusão de seu analfabetismo. 3. Recurso provido. Registro deferido. (Recurso Eleitoral nº 13600, TRE/CE, Rel. Gizela Nunes da Costa. j. 11.08.2008, unânime).

RECURSO ELEITORAL. INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. ANALFABETISMO. TESTE. 1. Se o candidato demonstra alguma compreensão do texto apresentado, escrevendo de forma inteligível as perguntas acerca do que leu, com letra razoável, demonstrando que sabe ler e escrever, não pode ser considerado analfabeto. 2. Recurso conhecido e provido. (Recurso Eleitoral nº 2531, TRE/GO, Caçu, Rel. Amélia Netto Martins de Araújo. j. 24.08.2004, unânime).

RECURSO ELEITORAL EM REGISTRO DE CANDIDATURA. TESTE DE ALFABETIZAÇÃO. APLICAÇÃO POR PERITA JUDICIAL NOMEADA. DECLARAÇÃO DE PRÓPRIO PUNHO. EXIGÊNCIA SATISFEITA. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. O que impede a candidatura é o analfabetismo, conceito extremo que não abrange os semi-alfabetizados. Concluindo-se da declaração de próprio punho elaborada pelo pré-candidato (art. 29, § 2º, da Resolução TSE nº 22717/08) que ele não se enquadra no conceito de analfabeto, não obstante a precariedade no domínio da escrita, leitura e interpretação e da avaliação feita por pedagoga perita judicial, deve ser provido o recurso em registro de candidatura daquele que consegue ler e escrever o suficiente para externar seus pensamentos (art. 14, § 4º, da Constituição Federal). (Recurso Eleitoral nº 910 (5795), TRE/MS, Rel. André Luiz Borges Netto. j. 27.08.2008, unânime).

RECURSO ELEITORAL. ANALFABETISMO NÃO CARACTERIZADO. Submetido a teste de verificação de domínio da língua pátria, o que restou provado, na realidade, é que o recorrente sabe ler e escrever, e tão-somente, não tem o domínio do vernáculo, o que não o impede de ser candidato. Recurso conhecido e provido. (Recurso Ordinário nº 2675 (20720), TRE/PA, Rel. Paulo Gomes Jussara Júnior. j. 21.08.2008, unânime).

RECURSO. PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. COMPROVAÇÃO DE SEMI-ANALFABETISMO. DEFERIMENTO. APLICAÇÃO DE TESTE. HARMONIA COM PARQUET. IMPROVIMENTO. No teste de aferição da condição de elegibilidade há de se verificar no texto se a grafia foi no mínimo inteligível e compreensível. Demonstradas estas características, há de se deferir o registro ante a comprovação de ser o candidato semi-analfabeto. (Processo nº 3147 (2240), TRE/PB, Serra Branca, Rel. Juiz Carlos Antônio Sarmento. j. 03.08.2004, unânime DJ 03.08.2004).

É de se observar, por fim, que os analfabetos não podem ser votados, mas podem exercer o sufrágio sem nenhuma forma de mitigação, registrando-se, todavia, que o exercício do sufrágio lhes é uma faculdade, e não uma obrigação.

(c). REELEIÇÃO A CARGO DO EXECUTIVO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, acrescentou-se o § 5º ao art. 14 da Constituição da República, introduzindo-se o instituto da reeleição no sistema eleitoral brasileiro. De se notar que a reeleição sempre existiu no Brasil, porém apenas restrita aos cargos do Poder Legislativo. Em relação ao Executivo, foi impedida como forma de evitar o uso da máquina do governo em prol de interesses eleitoreiros.

Hoje, portanto, a Carta Magna permite uma única continuidade político-administrativa, e não a perpetuidade de integrantes da unidade da chapa em sucessivos mandatos eletivos. Busca-se, assim, evitar burlas ao sistema da reeleição e das recandidaturas.

MANDATO. CANDIDATAR-SE AO MESMO CARGO NO MESMO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO MANDATO. CONFIGURAÇÃO.

1. Prefeito reeleito em 2004, que teve seu mandato cassado no curso deste segundo mandato, fica impedido de se candidatar para o mesmo cargo e no mesmo município, no pleito de 2008, uma vez que tal hipótese configura um terceiro mandato consecutivo, vedado pelo § 5º do art. 14 da CF. Precedentes.

2. Consulta respondida negativamente.

(TSE, Consulta n.º 1.446, Res. n.º 22.827, de 3.6.2008, Eros Grau).

Segundo os professores Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra¹³:

“Nos países presidencialistas, onde a força preponderante do Executivo resta evidente, vários países vedam a reeleição para mandatos consecutivos, como a Bolívia, o Chile, El Salvador, o Panamá. Muitos vedam a reeleição, seja ela consecutiva ou não, como a Colômbia, a Costa Rica, a Guatemala, Honduras e o México. Outros países incorporaram a reeleição recentemente, como a Argentina, o Peru, a Rússia e o Brasil. Nos Estados Unidos, a reeleição foi incorporada ao ordenamento jurídico pela Emenda n.º 22 à Constituição, disciplinando que ninguém poderá se eleger presidente por mais de duas vezes consecutivas”.

É de se registrar dois entendimentos importantes do Tribunal Superior Eleitoral sobre o tema. O primeiro deles cuida dos chamados “*prefeitos itinerantes*”, que se refere à impossibilidade de reeleição de prefeito, para um terceiro mandato, ainda que em município diferente daquele no qual havia exercido o cargo de prefeito por duas vezes. Busca-se a proteção ao sistema republicano, evitando-se a formação de clãs políticos ou hegemonias familiares.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. MUDANÇA DE DOMICÍLIO ELEITORAL. “PREFEITO ITINERANTE”. EXERCÍCIO CONSECUTIVO DE MAIS DE DOIS MANDATOS

13 AGRA, Walber de Moura e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Elementos de Direito Eleitoral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DE CHEFIA DO EXECUTIVO EM MUNICÍPIOS DIFERENTES. IMPOSSIBILIDADE. INDEVIDA PERPETUAÇÃO NO PODER. OFENSA AOS §§ 5º E 6º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO TSE.

Não se pode, mediante a prática de ato formalmente lícito (mudança de domicílio eleitoral), alcançar finalidades incompatíveis com a Constituição: a perpetuação no poder e o apoderamento de unidades federadas para a formação de clãs políticos ou hegemonias familiares. O princípio republicano está a inspirar a seguinte interpretação basilar dos §§ 5º e 6º do art. 14 da Carta Política: somente é possível eleger-se para o cargo de “prefeito municipal” por duas vezes consecutivas. Após isso, apenas permite-se, respeitado o prazo de desincompatibilização de 6 meses, a candidatura a “outro cargo”, ou seja, a mandato legislativo, ou aos cargos de Governador de Estado ou de Presidente da República; não mais de Prefeito Municipal, portanto. Nova orientação jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, firmada no REspe 32.507. (TSE, Recurso Especial Eleitoral n.º 32.539, de 17.12.2008, Rel. Min. Marcelo Ribeiro).

A segunda questão diz respeito à figura do “vice”. O vice que sucede ao titular, a rigor, deixou de ser o vice para ser o próprio titular, podendo ser candidato a uma única reeleição, contudo não perdeu o direito de concorrer a vice, apenas adquiriu a possibilidade de ser candidato a titular do Executivo. Assim, se o vice sucede, ele estará sendo o próprio titular; se ele substitui, não deixa de perder o mandato de vice, mas apenas se fastia temporariamente do exercício desta função. A sucessão é a assunção definitiva de outro mandato e a substituição é de natureza provisória ou precária.

Vejamos a manifestação do TSE¹⁴:

Consulta. Vice candidato ao cargo de titular. 1. Vice-presidente da República, vice-governador de Estado ou do Distrito Federal ou vice-prefeito, reeleito ou não, pode se candidatar ao cargo de titular, mesmo tendo substituído aquele no curso do mandato. 2. Se a substituição ocorrer nos seis meses ante-

14 TSE - Consulta nº 689, Rel. Min. Fernando Neves, DJ - 14/12/2001.

riores ao pleito, o vice, caso eleito para o cargo do titular, não poderá concorrer à reeleição. 3. O mesmo ocorrerá se houver sucessão, em qualquer tempo do mandato. 4. Na hipótese de o vice pretender disputar outro cargo que não o do titular, incidirá a regra do art. 1º, § 2º, da Lei Complementar n.º 64, de 1990. 5. Caso o sucessor postule concorrer a cargo diverso, deverá obedecer ao disposto no art. 14, § 6º, da Constituição da República.

Se, todavia, houver o que alguns chamam de “mandato tampão”, completando o vice o mandato do titular, estará este último elegível para um único mandato subsequente. *Verbis*:

REELEIÇÃO - VICE QUE HAJA ASSUMIDO O CARGO DO TITULAR PARA CUMPRIR O RESTANTE DO MANDATO - FICÇÃO JURÍDICA.

A teor do disposto no § 5º do artigo 14 da Constituição Federal, aquele que haja sucedido ou substituído o titular no curso de mandato, completando-o, apenas tem aberta a possibilidade de uma única eleição direta e específica, tomado o fenômeno da sucessão ou da substituição como decorrente de verdadeira eleição para o cargo.

(TSE, Consulta n.º 1.196, Res. n.º 22.177, de 30.3.2006, Rel. Min. Marco Aurélio).

(D). O CÔNJUGE E OS PARENTES DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Também é conhecida como inelegibilidade reflexa, visto que não resulta de condição pessoal do candidato, mas de laços de parentesco. Tem a finalidade de evitar que o uso da máquina do governo possa ajudar candidatos que possuam ligação de sangue com gestores da máquina pública. Tais questões tem o objetivo de garantir uma concorrência leal nos pleitos eleitorais, evitando a consolidação do poder nas mãos de famílias, o que de fato ocorre principalmente nas cidades do interior do Brasil, na intenção de obstar privilégios a determinados candidatos ou coligações e redundando em desequilíbrio nas disputas quanto à captação de eleitores.

Assim, a Constituição tornou inelegíveis no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou

Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Referida inelegibilidade atinge somente a área adstrita ao exercício da função pública de Chefe do Poder Executivo, de forma que se a pretensão de candidatura ocorre em outras searas diversas da de seu titular, o impedimento deixa de existir.

Parentes por consanguinidade na linha reta são aquelas pessoas que descendem de um tronco comum. Esse parentesco em linha reta ocorre na linha ascendente (pais, avós, bisavós, etc.) ou na linha descendente (filhos, netos, bisnetos, etc.). O parentesco por consanguinidade na linha colateral se estabelece quando existe entre duas pessoas um ascendente comum, mas uma não descende da outra. É o parentesco entre irmãos, tios, sobrinhos e primos. Já os parentes por afinidade de um dos cônjuges, são os parentes por consanguinidade do outro.

Os cônjuges por seu turno são pessoas ligadas entre si pelo vínculo do casamento ordenado pela legislação civil, e sua inelegibilidade desaparece com a dissolução do casamento pela morte, pela anulação ou nulidade do matrimônio e pelo divórcio, desde que o óbito tenha ocorrido a mais de seis meses antes das eleições.

Deve ficar esclarecido que a inelegibilidade do cônjuge ou dos parentes do detentor do mandato executivo não existe se ele ainda estiver no exercício de seu primeiro mandato, contanto que, nesta hipótese, ele renuncie ao seu cargo pelo menos seis meses antes das eleições. Foi o caso do casal Antony e Rosinha Garotinho.

Com relação à dissolução da sociedade conjugal durante o exercício do mandato, cumpre-nos colacionar precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido do não afastamento da regra da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF. Asseverou-se, em síntese, que o vínculo de parentesco persiste para fins de inelegibilidade até o fim do mandato, inviabilizando a candidatura do ex-cônjuge ao pleito subsequente, na mesma circunscrição, a não ser que o titular se afaste do cargo seis meses antes da eleição.

Nesse sentido:

A dissolução da sociedade conjugal, durante o exercício do mandato, não afasta a regra da inelegibilidade, prevista no

art. 14, § 7º, da CF (“São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”). Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário interposto contra acórdão do TSE e cassou liminar, que suspendera os efeitos do recurso extraordinário, deferida em favor de ex-cônjuge de prefeito (eleito no período de 1997 a 2000, e reeleito no período de 2001 a 2004), que fora eleita vereadora, em 2004, para o período de 2005 a 2008. Na espécie, a separação de fato da vereadora, ora recorrida, ocorrera em 2000, a judicial em 2001, tendo o divórcio se dado em 2003, antes do registro de sua candidatura. Asseverou-se, na linha de precedentes da Corte, que o vínculo de parentesco persiste para fins de inelegibilidade até o fim do mandato, inviabilizando a candidatura do ex-cônjuge ao pleito subsequente, na mesma circunscrição, a não ser que o titular se afaste do cargo seis meses antes da eleição. Aduziu-se que, apesar de o aludido dispositivo constitucional se referir à inelegibilidade de cônjuges, a restrição nele contida se estende aos ex-cônjuges, haja vista a própria teleologia do preceito, qual seja, a de impedir a eternização de determinada família ou clã no poder, e a habitualidade da prática de separações fraudulentas com o objetivo de contornar essa vedação. Citou-se, ainda, a resposta à consulta formulada ao TSE, da qual resultou a Resolução 21.775/2004, nesse sentido. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, salientando que o parentesco civil é afastado com a dissolução do casamento, provia o recurso, por considerar que o vício na manifestação da vontade não se presume, devendo ser provado caso a caso, e que as normas que implicam cerceio à cidadania têm de receber interpretação estrita. Por fim, o Tribunal determinou o imediato cumprimento da presente decisão, ficando vencido, neste ponto, o Min. Marco Aurélio, que averbava a necessidade da tramitação natural do processo, aguardando-se a confecção do acórdão e a possível interposição de embargos declaratórios. Precedentes citados: RE 433460/PR (DJU de 19.10.2006); RE 446999/PE (DJU de 9.9.2005). RE 568596/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski,

1º.10.2008. (RE-568596).

No que tange ao instituto da união estável, este trabalho filia-se ao entendimento de que, embora não seja orientação pacificada nos pretórios eleitorais brasileiros, deve estender-se a regra de inelegibilidade dos cônjuges aos conviventes do artigo 226, § 3º, da Carta Federal, que regula a união estável entre um homem e uma mulher, entendida como legítima entidade familiar, não obstante vozes contrárias afirmarem que “*as restrições só devem prevalecer enquanto claramente fixadas no Texto Constitucional*”¹⁵.

É que segundo a preciosa lição de Pedro Henrique Távora¹⁶:

“Embora, modernamente tenha sido insinuado de não proceder à inclusão do convivente na vedação constitucional da inelegibilidade, pois que a união estável só seria reconhecida para efeitos de proteção estatal, sendo ainda o preceito constitucional de interpretação restritiva, o fato é que em nada diverge o relacionamento entre os conviventes e os cônjuges, revelando a união estável uma ligação fática completamente comparável ao casamento, tanto que Fávila Ribeiro argumenta não se afigurar lícito aceitar que a ausência de ato formal de casamento sirva de pretexto para burlar o espírito que domina o sistema da inelegibilidade consagrado pelo artigo 14, § 7º, da Carta Federal”.

Se observarmos, o vínculo afetivo foi a mola propulsora que consagrou a inelegibilidade do cônjuge e este mesmo vínculo de afeto subsiste sem qualquer outra diferença na convivência estável, configurando qualquer uma das eleições afetivas uma nítida e protegida entidade familiar, não havendo como supor que o risco do abuso das funções de detentor de cargo pudesse desaparecer apenas porque falta ao conjunto afetivo a precedente certidão civil de casamento.

Registre-se que a união estável pode ser tanto de casais homossexuais ou heterossexuais¹⁷. Em se tratando de prefeito reeleito, é vedada a candidatura ao mesmo cargo em período subsequente, em município desmembrado,

15 Recurso Especial nº 12.848, relatado pelo então Ministro Francisco Rezek, datado de 16/09/1996.

16 NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**, 2. ed., Bauru: Edipro.

17 RESPE-24564/PA, Rel. Gilmar Ferreira Mendes.

incorporado ou resultante de fusão¹⁸. Todavia, prefeito de um município, reeleito ou não, é elegível em Estado diverso, ao mesmo cargo, observada a exigência de desincompatibilização a este cargo, para um único período subsequente¹⁹.

Em precedente interessante, o TSE reconheceu que a eleição e a reeleição de filho que sucedeu ao pai, o qual, por sua vez, havia renunciado ao seu mandato configuraria terceiro mandato e, portanto, tentativa de perpetuação do mesmo grupo familiar no poder.

Nesse sentido:

(...) Prefeito. Art. 14, § 7º, da CF. Mesmo grupo familiar. Renúncia de prefeito. Eleição subsequente do filho do prefeito. Reelection deste. Terceiro mandato configurado. Precedentes (...). É inelegível ao cargo de prefeito para o próximo mandato, ainda que por reeleição, o filho de prefeito que renunciou no curso de mandato anterior.

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n.º 29.184, de 23.9.2008, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

(E). INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA

Nos casos de crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República e pelo Vice-Presidente da República, por Ministro de Estado, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador Geral da República e pelo Advogado Geral da União, em decisão proferida pelo Senado Federal, haverá perda dos respectivos cargos e consequente inabilitação para o exercício de função pública por 8 (oito) anos.

A definição de crime de responsabilidade é criticada pela doutrina pois a expressão, na legislação brasileira, apresenta um sentido aberto e equívoco, tendo em vista que se refere a crimes e a infrações político-administrativas, não sancionadas com penas de natureza criminal (restrição de liberdade e/ou multa).

De se notar que o termo *impeachment* ou impugnação de mandato é um termo estrangeiro que denomina o processo de cassação de mandato

18 CTA - 1016, Rel. Carlos Mário da Silva Velloso.

19 RESPE-24367, Rel. Luiz Carlos Lopes Madeira.

do Chefe do Poder Executivo pelo Congresso Nacional, pelas Assembleias Estaduais ou pelas Câmaras Municipais. A denúncia válida pode ser por crime comum, crime de responsabilidade, por abuso de poder, desrespeito às normas constitucionais ou violação a direitos previstos na constituição.

Portanto, no período de oito anos, os detentores de cargos públicos tornam-se inelegíveis, devendo a decisão do Senado ser proferida com o *quorum* de dois terços de votos. Depois do proferimento dessa decisão, havendo a regular obediência ao devido processo legal, impede-se a possibilidade de reapreciação do posicionamento adotado pelo Poder Judiciário, que não tem a prerrogativa de desfazer um pronunciamento de caráter eminentemente político.

5. CONCLUSÕES

À vista de tudo que foi exposto, algumas ilações ficam bastante nítidas, reafirmando o propósito dessa monografia. Em linhas gerais, são elas:

1. Poucos tópicos tem mais relevo para a seara do Direito Eleitoral do que o tema “inelegibilidades”. A importância tem a sua razão de ser, visto que, em uma República, a questão da representação política é, sem a menor dúvida, assunto de máxima relevância. Com a redemocratização do Brasil e com o advento da liberdade de informação, é de se reconhecer que houve uma mudança dos hábitos políticos nacionais, sendo crescente a politização do povo brasileiro, bem assim uma maior fiscalização das gestões públicas;

2. Para além de exigir do cidadão o preenchimento das condições de elegibilidade, obriga-se que ele não seja enquadrado em nenhuma das causas de inelegibilidade. O motivo da imposição dessa vedação reside em determinadas condições ou circunstâncias que impedem que o cidadão possa exercer um mandato público, representando, assim, a coletividade;

3. A tipologia dos casos de inelegibilidade pode ser analisada pelas mais diferentes formas, como, por exemplo: decorrentes de uma realidade social, *v.g.*, o caso do analfabeto; do núcleo familiar, por exemplo, o § 7º do art. 14 da Constituição da República, que impede a candidatura de filhos na circunscrição eleitoral de seus pais; por impedimentos ao alistamento (os inalistáveis, *v.g.*, os estrangeiros e conscritos), etc;

4. A perda ou suspensão de direito político consiste na proibição, de for-

ma permanente ou em certo período, de o cidadão exercer suas prerrogativas políticas. Ela, ao mesmo tempo em que nega condição de elegibilidade ao candidato, imputa-lhe uma inelegibilidade que de forma alguma pode ser suprimida enquanto durar a perda ou suspensão dos direitos políticos. Terminado o período de suspensão, desaparece a inelegibilidade existente e é igualmente suprimido esse requisito para o preenchimento das condições de elegibilidade;

5. Os estrangeiros são cidadãos que não possuem nacionalidade brasileira, não podendo votar ou se alistar como candidato. Por não terem nacionalidade pátria, não preenchem os requisitos de condição de elegibilidade e, da mesma maneira, são inalistáveis. Esses cidadãos ou estão de forma transitória no Brasil ou não cumprem os requisitos necessários à aquisição da nacionalidade ou não querem se naturalizar, faltando-lhes elementos para aqui participar das questões inerentes à coisa pública. A partir do momento que houver o cumprimento dos requisitos necessários à naturalização, com a sua obtenção, eles adquirem todos os predicativos inerentes aos direitos políticos, ultrapassando esse impedimento ao alistamento;

6. A Constituição Federal permite que o militar se candidate a cargos públicos, diferenciando-se a solução encontrada de acordo com o tempo de serviço na atividade militar: se contar com menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade, deixando de integrar os quadros efetivos das Forças Armadas; se contar com mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade;

7. Com relação aos analfabetos é importante observar que aquele que tem pouca instrução não pode ser considerado como tal. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral inclina-se ao entendimento de que o cidadão que sabe assinar o seu nome, mesmo sem saber ler e escrever perfeitamente, é considerado apto ao exercício do voto. Recentemente, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral²⁰, por maioria, asseverou que não se pode presumir o analfabetismo apenas pelo fato de o candidato ter descumprido ordem judicial de se submeter à realização de teste de escolaridade, quando existirem outros elementos capazes de comprovar a alfabetização;

8. Com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, acrescentou-se o § 5º ao art. 14 da Constituição da República, introduzindo-se o instituto da reeleição no sistema eleitoral brasileiro. Hoje,

20 Recurso Especial Eleitoral nº 96-71, Ituaçu/BA, rel. Min. Marco Aurélio, em 23.4.2013.

portanto, a Carta Magna permite uma única continuidade político-administrativa, e não a perpetuidade de integrantes da unidade da chapa em sucessivos mandatos eletivos. Busca-se, assim, evitar burlas ao sistema da reeleição e das recandidaturas;

9. A chamada inelegibilidade reflexa tem a finalidade de evitar que o uso da máquina do governo possa ajudar candidatos que possuam ligação de sangue com gestores da máquina pública. Tais questões tem o objetivo de garantir uma concorrência leal nos pleitos eleitorais, evitando a consolidação do poder nas mãos de famílias, o que de fato ocorre principalmente nas cidades do interior do Brasil, na intenção de obstar privilégios a determinados candidatos ou coligações e redundando em desequilíbrio nas disputas quanto à captação de eleitores;

10. Nos casos de crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República e pelo Vice-Presidente da República, por Ministro de Estado, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador Geral da República e pelo Advogado Geral da União, em decisão proferida pelo Senado Federal, haverá perda dos respectivos cargos e consequente inabilitação para o exercício de função pública por 8 (oito) anos.

6. BIBLIOGRAFIA

1. AGRA, Walber de Moura e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010;
2. CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2003.
3. COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade e inabilitação no Direito Eleitoral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1518>>. Acesso em: 05.05.2014.
4. COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998;
5. BASTOS JUNIOR, Josué Teles. Aspectos legais e jurisprudenciais da inelegibilidade do analfabeto. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3534, 5 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23878>>. Acesso em: 8 nov. 2013;

6. MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à Teoria das Inelegibilidades*. São Paulo: Editora Malheiros, 1994;
7. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
8. NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*, 2. ed., Bauru: Edipro.
9. PEREIRA, Erick Wilson. *Interpretação e aplicação das normas constitucionais- eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2010;
10. RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

A EQUIDADE COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL ANTE OS PARADIGMAS DO NOVO JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL

Madja de Sousa Moura Florencio

Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo: A crescente judicialização de questões políticas e sociais torna cada vez mais comprometedora a atuação do juiz, já que os efeitos de uma decisão judicial podem assumir proporções nunca antes imaginadas. E o nosso sistema jurídico não se mostra preparado para lidar com estas situações, porque, apesar dos inúmeros instrumentos que estão à disposição dos julgadores para solucionar as questões coletivas, a sua utilização ainda é norteada pelos princípios de direito individual, que não atendem às peculiaridades dos direitos transindividuais, característicos de uma sociedade de massa. Diante deste cenário é que a equidade, como critério de decisão judicial, se apresenta como um dos instrumentos postos à disposição do juiz na tarefa de superar a frieza da lei, alcançando, assim, a justiça do caso concreto.

Palavras-chave: equidade; atualização do justo legal; interpretação e integração de normas; justiça particular.

Abstract: The increasing judicialization of political and social issues renders the role of the judge more and more compromising, since the effects of a judicial decision may cause proportions never before imagined. And our legal system does not seem prepared to deal with these situations because, despite the numerous tools available to judges to resolve collective issues, their use is still guided by the principles of individual rights, which do not meet the peculiarities of transindividual rights, which are characteristic

of a mass society. Faced with this scenario is that fairness as a criterion for judgment presents itself as one of the tools available to the judge in the task of overcoming the coldness of the law, thus bringing the justice to the concrete case.

Keywords: equity; updating of legal fairness; interpretation and integration of norms; private justice.

A EQUIDADE COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL ANTE OS PARADIGMAS DO NOVO JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL

O grande desafio do Direito hoje é a concretização da justiça. Não mais se concebe o Direito compartimentado, isolado em sua própria dogmática, inerte aos reclamos sociais. A sociedade exige um Direito vivo, atento às suas transformações.

A visão positivista de completa separação entre o direito e os valores morais está há muito superada. O juiz de outrora se restringia a aplicar a lei, sem se preocupar em fazer justiça. O justo era visto como sinônimo de justo legal. Com o colapso do positivismo puro, essa visão se tornou insuficiente e a justiça foi elevada ao patamar de fim último do Direito.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2009, p. 277):

A volta aos valores é a marca do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX. Foi, em grande parte, consequência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo. No plano internacional, no contexto da reconstrução da ordem mundial do pós-guerra, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na qual se materializou o consenso entre os povos acerca dos direitos e liberdades básicas a serem assegurados a todos os seres humanos. No âmbito interno, diferentes países reconhecem a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que passam a ser protegidos por tribunais constitucionais. Tanto no direito europeu como nos Estados Unidos, diversos desenvolvimentos teóricos marcam

a nova época, aí incluídos estudos seminais sobre a teoria da justiça, normatividade dos princípios, argumentação jurídica e racionalidade prática, dando lugar a uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. A volta dos valores está no centro da discussão metodológica contemporânea e do pensamento pós-positivista.

É certo que as leis, com a abstração que lhes é característica, não conseguem antever todas as situações da vida. As incertezas das ações dos indivíduos e a dificuldade de se atender todas as suas necessidades, vontades e interesses se apresentam como obstáculos à positivação do sistema jurídico. A frieza das normas não alcança as peculiaridades do caso concreto. A letra da lei é insensível às circunstâncias materiais dos acontecimentos que prescreve.

Além disso, a visão de que caberia ao Juiz a simples interpretação e aplicação das normas também vem sendo rechaçada pela doutrina.

Nas palavras de Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 16), ao tentar responder a questão de “quem produz a norma jurídica”, se o Legislativo ou o Judiciário, esta posição aparece de forma cristalina:

O fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

Daí que, na metáfora de Kelsen, a moldura da norma é, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura da realidade.

Por outro lado, a concretização do direito é operada em dois momentos: (i) no primeiro deles caminhamos no texto até a norma jurídica; (ii) no segundo, caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão (= a solução, a decisão do caso), unicamente, então, neste momento, podendo atuar as pautas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ademais, como adiante afirmarei, a interpretação é uma prudência, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada

em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar. Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata.

Com isso se percebe que a noção de ética e justiça são insuficientes para resolver a contradição entre o universal e o particular, já que seus elementos variam de acordo com cada momento histórico, localização geográfica, religião etc. Assim, cabe à equidade a função de aplicar a justiça ao caso concreto, como instrumento apto a interpretar o direito, em sua positividade, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política, em um determinado momento histórico.

Ainda seguindo o pensamento de Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 84-85), pode-se afirmar que:

[...] a interpretação do direito é interpretação do direito e não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo [...], pelas suas premissas implícitas.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta através dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

Neste contexto, o “Estado-Juiz”, em um “Estado de Direitos” tem a função de garantir e concretizar os direitos humanos fundamentais, tornando-se componente essencial para a efetividade e a efetivação destes direitos.

André Ramos Tavares, bem pontua a questão (TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro, 2012, p. 38):

É bastante propagada a concepção consoante a qual a proclamação formal de direitos fundamentais pelas constituições impõe a correlata existência de instituições e institutos capazes de fazer assegurar e efetivar essa proclamação, em toda sua inteireza.

Assim, o Judiciário aponta no horizonte como não apenas

um organismo direcionado a resolver conflitos de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-Legislador ou, ainda, Estado-Executivo.

A construção da cidadania brasileira, portanto, passa pela reconstrução do próprio Poder Judiciário e de toda cultura jurídica que se forma em seu entorno e em seu interior, já que se trata de organismo legitimado constitucionalmente para proceder à tutela, quando necessários, dos direitos humanos fundamentais.

Mas como fazer justiça, como moldar regras gerais e abstratas de modo a solucionar questões singulares que se apresentam no mundo dos fatos? O que o juiz deve fazer para ser justo?

Em primeiro lugar, é preciso conscientizar os operadores do Direito, em especial aqueles investidos da função jurisdicional, de que eles estão lidando com vidas, sentimentos e não apenas com pedaços de papel. Somente com uma visão mais humanística, mais social, será possível concretizar o valor justiça. É preciso fazê-los enxergar as causas e os efeitos de suas decisões na vida das pessoas.

Em seguida, é necessário encontrar instrumentos que possibilitem ultrapassar o mero significado das normas, para alcançar a realidade da vida.

A lei ordena um quadro vago e abstrato de condutas gerais, que devem ser ajustadas ao caso concreto. Se não se atenta para esta característica abstrata, pode-se errar no cumprimento da lei.

O juiz deve levar em consideração o caráter genérico da lei e amenizar seu rigor, sob pena de aplicar a lei de maneira injusta. A mera operação de subsunção do fato à norma não é mais suficiente para resolver os problemas levados ao judiciário.

Isso porque as decisões não são matematicamente previsíveis, já que a lei é universal e os casos devem ser decididos individualmente. Neste sentido, Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 20) afirma que:

O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes na mão, mas ao direito.

O juiz é necessário porque cada caso é um caso: interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. (grifos no original)

É neste contexto que se insere a equidade, tema de estudos ligados ao Direito e à Justiça desde a antiguidade. Apesar de não se ter um conceito claro de equidade, a doutrina apresenta suas diversas interpretações e formas de aplicação. No presente trabalho, vamos nos ater à equidade como critério utilizado para subsidiar as decisões judiciais.

Parte-se do conceito básico de que a equidade é a justiça aplicada ao caso concreto, no momento da interpretação e adaptação da norma. O objetivo é alcançar a justiça não conforme a lei, mas conforme um corretivo da justiça legal.

Antes, porém, de adentrar propriamente no tema da equidade como critério de decisão judicial, faz-se necessário traçar um breve histórico dos diversos perfis da noção genérica de equidade.

No Direito grego surgiu, com Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômico*, a noção de equidade (*epieikeia*) como correção ao justo legal. A ideia era a utilização de uma medida flexível na aplicação da lei, uma régua de Lesbos, de modo a não permitir, desde logo, uma conclusão sobre o assunto que estava sob mediação. O *equo* era visto como o justo, mas o justo que está além da lei escrita, além do direito abstratamente preceituado. Daí a noção de equidade como o “justo concreto”, em contraposição ao justo geral, preceituado pela lei. A equidade seria, assim, um corretivo da lei, de seu caráter abstrato, rigoroso.

Em sua obra *Retórica*, Aristóteles definiu o que entendia por equidade (ARISTÓTELES, *Retórica*, p. 146-147):

Ora, como dissemos que há duas espécies de actos justos e injustos (uns fixados pela escrita e outros não), ocupámo-nos até aqui dos que as leis registam; mas dos que as leis não registam há também duas espécies: a dos que, por um lado, representam o mais elevado grau da virtude e do vício, a que se reservam censuras e elogios, desonras, honras e recompensas; por exemplo, agradecer a quem nos faz bem, pagar o bem com o bem, acudir aos amigos e coisas semelhantes a estas; e a dos

que, por outro, correspondem a uma omissão da lei particular e escrita. Pois o equitativo parece ser justo, e é equitativa a justiça que ultrapassa a lei escrita. Ora esta omissão umas vezes acontece contra a vontade dos legisladores, e outras por sua vontade: contra a vontade dos legisladores, quando o caso lhes passa despercebido, e por sua vontade, quando o não podem definir a rigor, mas se vêem na necessidade de empregar uma fórmula geral que, não sendo universal, é válida para a maioria dos casos. Também os casos em que não é fácil dar uma definição devido à sua indeterminação; por exemplo, no caso de ferir com um instrumento de ferro, ou determinar o seu tamanho e sua forma pois não chegaria a vida para enumerar todas as possibilidades. Se, pois, não é possível uma definição exacta, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais; de modo que se uma pessoa não tem mais que um anel do dedo quando levanta a mão ou fere outra segundo a lei escrita é culpada e comete injustiça, mas segundo a verdade não a comete, e é isso que é equidade.

[...]

É igualmente próprio da equidade perdoar as falhas humanas. Também olhar, não para a lei, mas para o legislador; não para a palavra, mas para a intenção; não para a parte, mas para o todo; não para o que uma pessoa agora é, mas para o que ela sempre foi ou tem geralmente sido. Também lembrar-nos mais do bem do que do mal que nos foi feito, e dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. Também suportar a injustiça sofrida. Também desejar que a questão se resolva mais pela palavra do que pela acção.

Em Roma, segundo Henrique Fagundes Filho, “a *aequitas* representava a ‘justiça’, no sentido de ‘aspiração social’ decorrente das exigências morais e econômicas, que se vinham desenvolvendo nos territórios do Império, mas não se pode subtrair dessa acepção sociológica de ‘justiça’ o sentimento de ‘paridade’ ou de ‘igualdade’ entre estamentos sociais diversos, para se utilizar a terminologia atual” (FUX, Luiz/ NERY JR., Nelson/ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, 2006, p. 710).

Na Idade Média, surge uma nova concepção do direito natural, a *aequitas* deixa de ser um conceito trabalhado dentro do direito positivo, para transcendê-lo, sendo algo superior ao ordenamento, superior à humani-

dade, compreendendo os princípios superiores de justiça. A justiça e a equidade eram consideradas causas extrínsecas e essenciais das leis humanas.

Para São Tomás de Aquino, a equidade seria uma virtude informada pela Justiça e pelo Direito Natural, que era constituído por um complexo de preceitos divinos.

No Direito Inglês foi desenvolvida a noção de Equity, paralelamente ao sistema do *Common Law*, que, em razão de sua rigidez, se mostrava inapto às exigências de uma população desenvolvida e complexa. A Equity permitia aos súditos recorrer diretamente ao Rei, sempre que as decisões das Cortes de *Common Law* não apresentassem uma decisão justa. O soberano decidia não com base nos precedentes do antigo regime, mas de acordo com o seu próprio senso de justiça, mais próximo da realidade social. Assim, a palavra Equity apresenta duas acepções, a primeira ligada aos princípios da justiça, do direito natural e a segunda como um conjunto de regras e modo de decidir, em contraposição às regras do *Common Law*.

Já Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito, Atlas: 2009, p. 222-223), ao discorrer sobre a equidade, afirma que:

A noção de justiça sofre, dessa maneira, um último esclarecimento. Ela pode ser compreendida como o que é conforme a lei, em sua atualidade jurisprudencial, que versa sobre questões referentes às relações políticas, quer reguladas por leis particulares, quer naturais, podendo ambas ser escritas ou costumeiras, mas à medida que todo esse complexo se acha informado pela equidade.

Em última análise, o justo conforme à lei se revela em seu estrito senso como equitativo.

Apesar de não haver um preciso sentido para o vocábulo “equidade” verifica-se que todos os seus conteúdos e objetivos estão atrelados à busca da justiça no caso concreto, à correção das fórmulas gerais e abstratas para melhor conformação aos casos postos à apreciação dos julgadores.

Não se trata, contudo, de substituição da lei, mas de adaptação de seus sentidos à realidade, por meio de critérios de interpretação e integração.

Toda lei é interpretada no momento de sua aplicação, por isso não se pode falar em lei injusta, já que a justiça não se manifesta no momento de elaboração da norma, mas no momento de aplicação ao caso concreto. Assim, se o juiz ao aplicar uma lei “injusta”, adaptá-la ao caso concreto e integrá-la à realidade, estará fazendo justiça.

O mesmo ocorre na ausência de lei a regular determinada situação. Com a equidade é possível suprir as lacunas do ordenamento e, por meio da integração do sistema, encontrar a norma adequada ao caso.

Conforme pondera Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 25):

Os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalidade desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento).

Em outros termos: os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Neste sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma).

A legislação brasileira prevê o uso da equidade em diversos diplomas legais. O art. 127 do Código de Processo Civil preceitua que “*o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei*”. O Código Civil, a Lei de Luvas – Decreto 25.150/1934 e o Código de Defesa do Consumidor também trazem a equidade como critério de decisão judicial.

Já a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, tratando do julgamento quando a lei for omissa, não se refere diretamente à equidade. É o que se extrai de seu art. 4º “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Entretanto, em seu art. 5º, referido diploma dispõe que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, ou seja, observando preceitos de equidade.

Em face da disposição do art. 127 do CPC, há quem defenda que a equidade só poderá ser utilizada no Direito Brasileiro nos casos expressamente previstos e autorizados pela lei. Esta posição não deve prevalecer. A equidade deve ser utilizada em todas as decisões, sempre que se fizer a subsun-

ção da norma aos fatos, caso contrário, corremos o risco de agir de forma mecânica na aplicação do Direito.

Ora, se o legislador autoriza ao juiz decidir por equidade apenas em determinados casos, significa que ele foi capaz de identificá-los previamente, o que não ocorre na realidade. A utilização da equidade ocorre justamente diante da incapacidade de o legislador prever todas as situações a serem reguladas pelas leis.

Deve-se ter em mente a diferença entre equidade e juízo de equidade. A equidade como fonte interpretativa do direito positivo e valor a ser por ele alcançado deve estar presente em todas as decisões. O Juízo de Equidade, ou seja, o julgamento por equidade, quando o juiz está autorizado a afastar o ordenamento e decidir com base nos valores da sociedade, ainda que contrariando as disposições legais, este sim requer autorização legal.

Outra crítica que se faz ao uso da equidade como critério de decisão judicial é que tal “autorização” tornaria arbitrária a decisão judicial, já que o juiz poderia adotar qualquer critério na aplicação da lei.

Este argumento também não se sustenta. O juiz, ao aplicar a lei aos casos concretos, não utiliza seus valores pessoais, mas os valores da sociedade em que está inserido. Claro que em se tratando de um ser humano, sempre haverá um mínimo de subjetividade, mas os valores preponderantes, aqueles que irão fundamentar a decisão, são extraídos do contexto social e não de suas convicções pessoais.

A segurança jurídica também não é maculada com o uso da equidade, já que o magistrado não contraria o sistema jurídico ao aplicá-la. Ao contrário, a equidade serve para interpretar, adaptar, integrar o ordenamento jurídico à realidade social. A equidade toma em conta as circunstâncias de cada caso, atuando onde a lei não alcança.

De acordo com André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro, 2012, p. 98), “um direito à segurança jurídica, especificamente no âmbito dos direitos fundamentais judiciais, poderá abranger: i) a garantia da coisa julgada; ii) o devido processo legal; iii) o juiz natural; iv) o direito contra a violação de direitos; v) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente (pela via da concretização judicial de direitos); vi) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional”.

Assim, verifica-se que a proteção da confiança do cidadão, como ele-

mento integrante da segurança jurídica, não é maculada pela utilização da equidade como critério da decisão judicial, ao contrário, este princípio é fortalecido com a sua aplicação.

O Juiz decidirá com equidade não nos casos previstos em lei, mas sempre que tiver que aplicar a lei. A lógica do razoável permite a ponderação da norma, para adequá-la aos casos concretos, utilizando-se critérios de razoabilidade e não sua simples, dura e fria subsunção aos fatos.

A lógica clássica não serve ao Direito, justamente porque suas premissas não são estanques, um caso não é e jamais será igual a outro. Para aplicação do direito é preciso utilizar critérios de razoabilidade e a equidade se liga ao que é razoável, ao bem comum e aos fins sociais a que se destina a norma legal.

O juiz é o intermediário entre a lei e os fatos concretos da vida. Não cabe a ele refazer o direito, mas sim adaptá-lo às situações que lhes são postas, de forma que não se pode compreender a equidade como um fim em si mesmo, mas um meio para se realizar a justiça do caso concreto.

É o que se extrai do pensamento de Tomás D. Casares (CASARES, Tomás D. *La justicia y el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina: ano, p. 156):

El Juez está sobre las partes en nombre de la ley, para hacerles justicia. Su misión más ostensible es la de afianzar particularizadamente la preeminencia de la ley,- esa “ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el gobierno de la colectividad”. Pero es de la esencia de La ley cierta generalidad y permanencia, y de la esencia de la vida social el estar hecha de relaciones singulares y circunstancias cambiantes. La vigencia efectiva de la ley requiere, pues, la existencia de quienes han de decir con autoridad en cada caso de qué modo esas relaciones particulares se conformarán con el orden superior y general que la ley enuncia. La autoridad de los jueces tiene su fuente inmediata en la autoridad propia de la ley, en cuanto ésta sea ordenamiento razonable para el bien común.

O julgador utiliza a equidade para encontrar a solução adequada ao caso concreto. Não se trata de corrigir a lei, mas de amoldá-la às situações peculiares do caso, já que seria impossível ao legislador prever e solucionar todas as situações que se apresentam no mundo dos fatos. Não é papel da equidade destruir a lei, mas sim completá-la.

A justiça antecede a lei e a equidade é uma forma de fazer justiça. Através dela é possível ao juiz interpretar a lei que dispõe de maneira genérica, utilizando seu poder criativo, para, racionalmente, aplicá-la ao caso concreto.

O juiz trabalha o tempo todo com colisões de lacunas, já que o sistema jurídico é aberto e incapaz de prever todas as situações. Por isso é o que juiz não pode partir da norma para o fato, mas sim do fato para a norma, já que o caso concreto pode ter escapado ao comando da lei. Mas ainda que a lei tenha sido omissa, o caso não deixará de ser apreciado, já que da sentença surgirá uma norma concretizada.

Não se trata, como dito antes, de utilizar seus sentimentos na aplicação da norma, mas sim aplicar critérios extraídos racionalmente do sistema jurídico, para amoldar a letra fria da lei às circunstâncias específicas do caso. O juiz parte, assim, da decisão legal, para a decisão equitativa.

O Juiz “apaixonado”, aquele que se arvora em suas decisões, seja com o objetivo de se autopromover ou de buscar reações emotivas, pode tentar se utilizar indevidamente da equidade para fazer valer suas próprias vontades e não a justiça, mas o próprio sistema judicial encarrega-se de expurgar tais excessos.

Nos dias de hoje, a questão se torna ainda mais relevante quando se trata de causas de grande repercussão. A judicialização de questões políticas e sociais torna ainda mais comprometedora a atuação do juiz, já que os efeitos de uma decisão judicial podem assumir proporções nunca antes imaginadas.

É que nosso ordenamento jurídico não está preparado para lidar com estas macroquestões. Quando se trata de casos que ultrapassam a esfera de direito individual, que envolvem toda a sociedade e até mesmo as futuras gerações, nosso ordenamento jurídico ainda se mostra deficiente. Isto se dá porque, apesar dos inúmeros instrumentos que estão à disposição dos julgadores para solucionar as questões coletivas, a sua utilização ainda é norteada pelos princípios de direito individual, que não atendem às peculiaridades dos direitos transindividuais, característicos de uma sociedade de massa.

Neste sentido, merece transcrição o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (ARENHART, Sérgio Cruz/MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 738):

Esse, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para a tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos e poderosos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo. As demonstrações dessa crise são evidentes, e são mostradas diariamente por meio dos veículos de comunicação, quando se vê o tratamento dispensado às ações coletivas no direito brasileiro. Para impedir o prosseguimento desta visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do instituto, é necessário não se afastar do norte fundamental: o direito transindividual não pode ser confundido com o direito individual, e mesmo este último, diante das peculiaridades da sociedade de massa, merece tratamento diferenciado.

Os indivíduos da sociedade moderna esperam mais que a simples aplicação da lei para a solução de conflitos, além função pacificadora, buscam a utilização do Direito como instrumento para promoção da justiça social, o que requer uma postura ativa dos julgadores, capaz de ultrapassar os estreitos limites da lei.

É neste contexto que aparece a figura do juiz constitucional como purificador do sistema, exercendo, assim, uma função estruturante. André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Paradigmas do Judicialismo Constitucional, 2012, p. 37) trabalha bem a questão:

O que o juiz constitucional, *lato sensu*, realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na e admitidas pela Constituição. Trata-se da *calibração* do sistema, eliminando (tribunais constitucionais) ou afastando (Justiça Constitucional descentralizada) os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e as omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Neste sentido, o juiz constitucional realiza a tarefa de “limpeza” do sistema, de “purificar” o sistema, expurgando os elementos estranhos, os corpos normativos viciados. (grifos no original)

E é sempre bom lembrar que, quanto maior o rol de direitos assegurados nas constituições, maior será o número de decisões ou omissões estatais que possam vir a violar esses paradigmas. Exigindo, assim, com mais frequência, a intervenção do judiciário, muitas vezes como ativista, visando concretizar os direitos fundamentais.

O termo “ativismo judicial” atrelado à ideia de um Estado Judicial adquiriu conotação negativa. Mas, para fins deste estudo, tomaremos de empréstimo as ideias de André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, 2012, p. 63), para quem “*seu uso é reputado como institucionalmente relevante e adequado*”.

E a escolha dessa vertente se dá pelo fato de que o quadro geral e abstrato, apontado pela lei, não se mostra suficiente para atender aos reclamos da sociedade, na busca pelas decisões dos casos concretos. Na maioria das vezes cabe ao juiz atuar interpretando a lei ou suprimindo suas lacunas.

Decidir a questão é diferente de fazer justiça. Uma máquina não poderia ser utilizada para decidir litígios, pois ela não conseguiria ser equânime.

Não basta, por óbvio a presença de lei, sua interpretação e aplicação tem que ser imbuída dos valores da sociedade, sendo necessário se utilizar, mais do que nunca, a capacidade criativa dos juízes para atender aos anseios da população.

Diante deste cenário é que a equidade, como critério de decisão judicial, se apresenta como um dos instrumentos postos à disposição do juiz na tarefa de superar a frieza da lei, alcançando, assim, a justiça do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Da equidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 767-770, mar. 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no código civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 8, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.

AMARAL, Francisco. **A equidade no código civil brasileiro. In: ASPECTOS controvertidos do novo código civil**. colaboradores : Álvaro Villaça Azevedo ... [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 197-208.

ARISTOTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mario da Gama Kury,

Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª ed., 2001, livro V, capítulos I a V, p. 107-110.

ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior et alii, Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005, Livro I, p. 139-155.

BELLOCCHI, Roberto Antônio Vallim. Do julgamento por equidade. In: BELLOCCHI, Roberto Antônio Vallim. **Estudos de processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 31-37.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. “Variações sobre o conceito de equidade”. In ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Carlos Eduardo Bianca et alii (orgs.). Filosofia e teoria geral do direito: **Estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 321-345.

BUNN, Maximiliano Losso. A consciência jurídica e a equidade como “novos” paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 32, n. 111/112, p. 96-119, abr./set. 2006.

CAIRES, Robson Passos. Equidade: um novo direito para o século XXI. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, v. 8, n. 89, p. 44-48, maio 2007.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Aplicação da equidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 2, n. 2, p. 142-155, jul. 1999.

CASARES, Tomás D. **La justicia y el derecho**. 3 ed. Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot: 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e jurisdição constitucional : notas sobre a determinação normativa dos direitos constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, p. 41-56, jul./set. 1991.

CHAVES, Luciano Athayde. O procedimento sumaríssimo no processo do trabalho e os juízos de equidade. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 28, n. 108, p. 204-212, out./dez. 2002.

CORREA, Walter Barbosa. A propósito da equidade: direito tributário.

Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo, São Paulo, n. 5, p. 87-86, mar. 1993.

DEBRUCHE, Anne-Francoise. What is “equity”? Of comparative law, time travel and judicial cultures. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p. 229-245, out./dez. 2008.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A eqüidade e o processo justo. In: **PROCESSO e Constituição : estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coordenação : Luiz Fux, Nelson Nery Jr. [e] Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 707-723.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. 6ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na teoria da justiça como eqüidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, p. 337-346, abr./jun. 2008.

MARTINS, Ana Paula Oriola. O princípio da eqüidade : um dos pilares do sistema de seguridade social. In: **ESTUDOS em homenagem ao professor Wagner Balera**. coordenadores: Ana Paula Oriola Martins e Pierre Moreau. São Paulo: Moreau-Advogados, 2003. p. 13-16.

NASSIF, Elaine Noronha. A phrónesis aristotélica, a eqüidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 1, n. 3, p.

35-40, abr./jun. 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. O artigo 924 do código civil : uma leitura do conceito de eqüidade nas relações de consumo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 98, n. 360, p. 51-59, mar./abr. 2002.

PÁDUA, Idiene Aparecida Vitor Proença. Breves noções de common law e equity no direito inglês, segundo René David. **Revista Jurídica da**

Universidade de Franca, Franca, v. 8, n. 15, p. 143-152, jul./dez. 2005.

PIRES JÚNIOR, José Fernandes. Equidade : a régua de chumbo da justiça. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 14, n. 319, p. 46-47, abr. 2010.

PRATA, Edson. Equidade. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, p. 171-183, jul./set. 2008.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O ideal de justiça política e constituição em John Rawls : análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 211-225, jan./mar. 2011.

SANTOS, Alexandre Martins dos. A equidade e a justiça. **Informativo Jurídico In Consulex**, Brasília, v. 17, n. 18, p. 8-9, maio 2003.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. **O acesso à justiça e os poderes de equidade do juiz no processo civil brasileiro**. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 7, n. 25, p. 544-561, jul./set. 2002.

SORDI, Sandra. **Poderes instrutórios do juiz, ônus da prova e equidade nos juizados federais**. In: JUIZADOS especiais federais. Aline Miranda ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 537-551.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Direito alternativo e equidade. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 21-31, abr./jun. 1996.

TÁCITO, Caio. **Interpretação da norma administrativa : métodos : analogia : equidade**. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 497-506.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Washington Luiz da. **A equidade, a analogia, os costumes**. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 46, n. 1, p. 31-34, jan. 1982.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Texto

estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials; notas revistas por Eric Desmons; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REINCIDÊNCIA PENAL: SUA (NÃO) RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marcelo Santiago de Moraes Afonso

Advogado, cursando o Mestrado em Direito oferecido pelo programa Erasmus Mundus, ministrado por um consórcio de universidades formado pela Universidade de Lisboa (Portugal), Universidade Mykolas Romeris (Lituânia), Universidade de Hannover (Alemanha), Universidade de Rouen (França).

RESUMO: O trabalho analisa o instituto da reincidência penal e sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro, visando apurar se o instituto conforma-se à Constituição Federal de 1988. Para tanto, a reincidência é cotejada através de um meio que transita do geral para o particular. Assim, trata da relação de constitucionalidade das normas anteriores ao advento de uma nova Constituição. Questiona, ademais, a legitimidade do instituto com relação às garantias penais conferidas pela Constituinte de 1988, confrontando-o com os princípios penais constitucionais.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Da Reincidência Penal. 2.1 - Conceito de reincidência penal e critérios para sua verificação. 2.2 - Principais efeitos da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro. 2.3 - Classificações da reincidência criminal. 2.3.1 - Reincidência real e ficta. 2.3.2 - Reincidência genérica e específica. 3 - A superveniência da Constituição de 1988 e a necessidade de verificação da recepcionabilidade do instituto da reincidência. 3.1 - Breve noção de constitucionalidade e inconstitucionalidade. 3.2 - A relação de constitucionalidade de norma preexistente à Carta Magna. 3.2.1 - Fenômeno da recepção constitucional das normas infraconstitucionais. 3.2.2 - Inconstitucionalidade superveniente. 3.2.3 - Revogação da norma anterior. 4 - Análise da reincidência sob o enfoque dos princípios penais constitucionais. 4.1 - O Princípio da culpabilidade, o instituto da reincidência e o direito penal do autor. 4.2 - O Princípio da individualização da pena e o instituto da reincidência. 4.3 - O Princípio da proporcionalidade da pena e o instituto da reincidência. 4.4 - O Princípio do ne bis in idem e o instituto da reincidência. 5 - Conclusão. A não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988.

Palavras chaves: Direito Penal. Reincidência penal. Relações de constitucionalidade. Princípios penais constitucionais

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto da reincidência, previsto no Código Penal, em seu artigo 63, por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular.

Questiona-se a legitimidade do instituto em face do ordenamento penal constitucional, pois, os efeitos da reincidência vão de encontro a uma série de garantias constitucionais, operando-se além da mera agravação da pena do novo delito.

É indagado se, após a devida análise da culpabilidade, correta aplicação da pena e seu devido cumprimento, ou sua superveniente extinção por outras razões, existe supedâneo constitucional para que se aumente a pena de um novo delito praticado, pelo fato de o indivíduo já haver cometido crime anteriormente, pois o direito penal pátrio encontra seu fundamento na culpabilidade do fato, e, ao se levar em consideração uma condenação anterior para o aumento de pena do delito atual, estar-se-ia analisando a conduta de vida do agente de forma a legitimar um direito penal do autor ao invés de apenas se proceder à análise do novo ato praticado.

Questiona-se, outrossim, se o atual tratamento acerca da reincidência não configura uma violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois o aumento da pena em razão da reincidência é verdadeira exasperação do *quantum* de pena que se refere ao primeiro delito praticado, e, ademais, indaga-se se o agravamento da pena obrigatório não fere os princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena.

Para buscar a resposta, encontra-se o trabalho dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, perquire-se a definição do instituto e o seu tratamento legal, analisando-se os efeitos e classificações.

No segundo capítulo, estuda-se, de forma central, a relação de constitucionalidade das normas preexistentes à Carta Magna e as consequências advindas da incompatibilidade vertical, tendo em vista que o instituto da reincidência tem seu fundamento em legislação anterior à Constituição Federal de 1988.

No terceiro, efetua-se a análise da reincidência sob o enfoque dos princípios penais e constitucionais para a verificação da recepcionabilidade do instituto pela Carta Magna de 1988, tema central do presente trabalho.

Por fim, no quarto capítulo, cuida-se da não recepção do instituto da

reincidência pela Constituição Federal de 1988, em razão das violações que o instituto exerce às normas fundamentais, completando-se, assim, nossa teorização sobre o tema.

2. DA REINCIDÊNCIA PENAL

2.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA PENAL E CRITÉRIOS PARA SUA VERIFICAÇÃO

O Código Penal Brasileiro trata a reincidência como uma circunstância agravante, contudo a agravação da pena é apenas um dos efeitos causados pela reincidência; assim, não é correta a definição acerca do que são as circunstâncias agravantes para conceituação do instituto da reincidência penal, como é observado por Fragoso (2004, p. 416), que, ressalte-se, sequer considera a reincidência como circunstância agravante, uma vez que se relaciona com o criminoso e não com a infração penal.

No conceito de Guilherme de Souza Nucci, reincidência “é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior” (2009, p. 422).

Observa-se que o sentido jurídico de reincidência difere do conceito determinado pelo senso comum, que, usualmente, limita-se a definir o instituto como a repetição, pelo mesmo indivíduo, de uma infração penal. Tal diferença reside no fato de o sentido jurídico estabelecer critérios fundamentais para verificação da reincidência, sem os quais não será possível reconhecer a sua incidência, mesmo, em alguns casos, já tendo ocorrido a prática de um delito anterior e um novo delito.

Por tal razão, mister tecer algumas considerações acerca dos principais requisitos previstos pela ordem jurídica brasileira para a efetiva configuração da reincidência penal.

Nota-se, pela própria redação dos artigos 63 e 64, do Código Penal, que não basta a nova prática de um crime para a existência da reincidência, mas devem coexistir três fatores: a) a condenação por um crime anterior; b) trânsito em julgado da sentença penal condenatória em relação a esse crime; c) prática de um novo crime, depois da sentença penal condenatória

irrecorrível, até o prazo de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior (SANTOS, 2011, p. 317).

Insta salientar que é irrelevante a espécie de pena aplicada, pois a lei menciona crime anterior, nada se referindo ao tipo de pena que foi aplicada como consequência da prática do crime anterior. Assim, mesmo tendo sido aplicada apenas uma pena de multa em razão da prática de um delito, tal fato não gera qualquer impedimento para a configuração da reincidência. Da mesma forma, pouco importa se houve ou não o efetivo cumprimento da pena, haja vista que o Brasil adota a chamada reincidência ficta, que se diferencia da real por esta exigir, para sua configuração, que a prática da nova infração tenha ocorrido após o cumprimento, ao menos parcial, da pena relacionada ao crime anterior (FREITAS, 2009, p. 98).

Não obstante, se a infração penal anterior for uma contravenção penal, e não um crime, na superveniente prática do crime não restará configurada a recidiva, sendo que o inverso não é verdadeiro, ou seja, se houver a prática de um crime, com condenação transitada em julgado, haverá a incidência do instituto se houver a prática de uma contravenção até o prazo de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior, conforme disposto no art. 7º, da Lei de Contravenções Penais:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

No que diz respeito à natureza dos crimes praticados, para efeitos de configuração da reincidência, apenas se faz necessária a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado pela prática de um crime anterior, não importando a natureza dos crimes, seja o antecedente ou o atual, isto porque o Código Penal Brasileiro adotou, como regra geral, a chamada reincidência genérica, também denominada heterogênea, impropria ou geral, que é quando não há identidade entre as infrações penais.

Contudo, para efeitos de reincidência, observa-se, de acordo com o inciso II, do art. 64, do Código Penal, que não se consideram os crimes militares próprios e os políticos. Sobre o tema, lecionam Zaffaroni e Pierangeli:

Os delitos militares dividem-se em próprios, impróprios e falsos militares. São delitos militares próprios aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais, se realizados por uma pessoa que não seja militar, são atípicos. Delitos militares impróprios são aqueles em que há comprometimento de bens jurídicos militares e não militares, vale dizer que, se cometidos por um militar, são mais ou menos graves, mas que, se fosse praticado por um não-militar, continuariam a ser, igualmente, típicos. Falsos delitos militares, são os delitos comuns atribuídos à jurisdição militar, quando cometidos por um militar. **Os únicos que não contam para a reincidência são os delitos militares próprios, isto é, os primeiros.** (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2009, p. 721). (grifo nosso)

Em relação aos crimes políticos, pouco importa se são crimes políticos próprios ou impróprios, pois a lei não faz nenhuma ressalva.

Ademais, a Lei 8.072/1990, Lei de Crimes Hediondos, trouxe uma exceção à regra da reincidência genérica, pois se a verificação da reincidência for originária de dois crimes do rol de hediondos, haverá efeito diverso da regra geral, recaindo sobre o reincidente efeitos ainda mais danosos, consagrando, assim, a reincidência específica.

Importante também ressaltar, que, para fins de verificação da presença da reincidência, o legislador pátrio eliminou, de nosso sistema, a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior, como já dito, ao determinar o prazo de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior. Sobre o tema, esclarece Cláudio Brandão:

[...] Com relação à punibilidade, se, após a extinção ou o cumprimento da pena, transcorrer o lapso temporal de cinco anos sem que o agente tenha cometido crime, a realização de um novo delito não gerará a reincidência, por força de um obstáculo temporal inafastável, determinado pela norma penal: após cinco anos sem o cometimento de crime, tendo sido cumprida a pena ou extinguida de outra forma, o réu volta a ser primário. (2008, p. 342).

Inferre-se, ainda, da redação do já mencionado art. 64, do Código Penal, que a prescrição da pretensão executória não afasta a reincidência do réu em face do novo delito, por ser causa de extinção da pena, diferentemente do que ocorre no caso da extinção da pretensão punitiva, que afasta o próprio direito de punir do Estado, restando fulminada a possibilidade de se configurar os efeitos da reincidência. Não afasta a reincidência, outrossim, o fato da extinção da punibilidade ser declarada pelo cumprimento da pena, pois a punibilidade apenas se exauriu por já ter sido devidamente aplicada.

2.2 PRINCIPAIS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os efeitos da reincidência não se limitam ao Código Penal, pois, além de funcionar como agravante, o instituto atua como fator impeditivo de conferência de benefícios ao acusado durante todo o decorrer do processo penal e, até mesmo, após o processo, quando já em sede de execução penal.

Conforme leciona Luiz Regis Prado, tais são os principais efeitos decorrentes da verificação da ocorrência da reincidência previstos no Código Penal:

Além de preponderar no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, CP), a reincidência impede a concessão da suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (cf. Arts. 44, II; 60, §2º e 77, I, CP); aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção de livramento condicional, se dolosa (83, II); obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semiaberto, salvo em se tratando de pena detentiva (art. 33, §2º, b e c); produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I) e a revogação facultativa na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (art. 81, §1º); acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade (art. 86), ou a revogação facultativa daquele benefício, em caso de crime ou contravenção se não imposta pena privativa

de liberdade (art. 87); revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, *caput*); interrompe a prescrição (art. 117, VI) e impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (v.g. Arts. 155, §2º – furto privilegiado; 170 – apropriação indébita privilegiada e 171, §1º – estelionato privilegiado, CP) [...]. (2011, p. 605).

A despeito da previsão legal, os Tribunais Superiores têm mitigado o entendimento acerca da obrigatoriedade do regime inicialmente fechado para os reincidentes, consoante o disposto na súmula 269, do Superior Tribunal de Justiça, que admite a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Um certo avanço, também, foi alcançado com o advento da lei 12.403/2011, que alterou o tratamento do reincidente no que diz respeito à prestação de fiança, não mais existindo impedimento à concessão da fiança, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o acusado for reincidente em crime doloso. “Noutros termos, nem todo reincidente deve ficar preso ao longo da investigação ou da instrução; tudo depende da necessidade da prisão cautelar” (NUCCI, 2011).

Por outro lado, a referida lei, que criou novas medidas cautelares com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva, realizou modificação no Código de Processo Penal, possibilitando a imposição da prisão preventiva pelo fato de o agente ter sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, ou seja, se o agente for reincidente, presume-se a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Dentre os principais efeitos, outrossim, ainda se constata que a reincidência impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da lei 11.343/2006, a lei de drogas e de isenção de pena dos artigos 180, §5º (receptação qualificada), e 337-A, §2º (sonegação de contribuição previdenciária), do Código Penal.

2.3. CLASSIFICAÇÕES DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

2.3.1 REINCIDÊNCIA REAL E FICTA

Como já exposto, considera-se reincidência real aquela que apenas se configura quando no momento da prática de um novo delito tenha havido o cumprimento, ao menos parcial, da pena relacionada ao crime anterior. Por sua vez, para a configuração da reincidência ficta, basta a condenação com trânsito em julgado pela prática de um crime antecedente, somada à nova prática delituosa efetuada dentro do prazo de 5 anos, contados a partir da extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Sobre o tema, esclarece Carrara:

La reincidencia se llama verdadera cuando el culpable vuelve a delinquir después de haber expiado su castigo; y se llama supuesta o ficta, cuando aquel vuelve a delinquir después de la condena, con tal que esta sea definitiva (MORIN, art. 7719), pero sin haber sufrido realmente la pena que se le ha impuesto. En el primer sistema, la reincidencia proviene de haber sufrido la pena; en el segundo, de haber incurrido en la condena¹. (2000, p. 209)

Percebe-se, por óbvio, o maior rigor advindo da reincidência ficta, que é a espécie adotada pelo nosso Código Penal, pois a simples condenação com trânsito em julgado, pela prática de crime, como já dito, é suficiente para a aplicação do instituto, possibilitando sua incidência de uma forma mais facilitada.

Neste caso, também se torna claro que a reincidência, no nosso sistema penal, apesar de existirem discursos justificadores do instituto que tomam em consideração os fins da pena, não pode se fundamentar em qualquer função da pena, vez que não a pressupõe.

Miguel Reale Júnior (2004, p. 95), por considerar que “a reincidência refere-se à culpabilidade do réu, e decorre da própria estrutura do Direito

¹ Tradução livre: “A reincidência é chamada de verdadeira quando o culpado volta a delinquir depois de haver expiado seu castigo, e se chama suposta ou ficta, quando aquele volta a delinquir após a condenação definitiva, mas sem haver realmente sofrido a pena imposta. No primeiro sistema, a reincidência vem de ter sofrido a penalidade, no segundo, depois de ter incorrido em condenação”.

Penal da Culpa”, ao tratar da reincidência ficta, entende ser necessária a exigência da ciência, pelo réu, da condenação anterior, “pois do contrário inexistente do que se recordar, o desconhecimento da justiça, a vontade mais intensa de afrontar a lei que constituem razões de maior censura do reincidente” (2004, p. 97). Assim, considera, no que diz respeito à atuação da recidiva como agravante genérica, sua função voltada à prevenção especial individual do condenado.

Sobre a questão, rebatem Zaffaroni e Pierangeli:

[...] Essa teoria esquece que a mera notificação de uma condenação, sem qualquer cumprimento da pena, não pode contramotivar a ninguém, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo numa regulação de reincidência “real”, ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, pode-se afirmar esta consequência, posto que sabe-se que a pena, mui frequentemente, não é contramotivadora, mas precisamente motivadora, ou seja, condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito. (2009, p. 717)

Reforça-se, portanto, o entendimento de que por meio do fins da pena, não se pode justificar o instituto da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo fato de que a reincidência ficta não pressupõe o efetivo cumprimento da pena, afastando, assim, qualquer relação, sejam pelos motivos expostos por Zaffaroni e Pierangeli, também defendido por Juarez Cirino dos Santos, que considera que, na reincidência real, o novo crime “é produto da ação deformadora da prisão sobre o condenado, mediante a execução da pena do crime anterior” (2011, p. 317).

2.3.2 REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA

Conforme a natureza dos crimes praticados, a reincidência é classificada em genérica ou específica. Assim, quando não há identidade entre o crime antecedente e o posterior, tem-se por configurada a reincidência genérica. Por sua vez, a reincidência específica ocorre quando tais crimes são da mesma natureza.

O Código Penal de 1940 adotou a reincidência específica em seu art. 46, conceituando, no respectivo § 2º, como crimes da mesma natureza aqueles que estão “previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.

O efeito prático desta distinção foi, segundo Ricardo Freitas:

[...] o rigorismo no trato da reincidência específica que importava na aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo, bem como na aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas pela lei de forma alternativa (art. 47, I e II). (2009)

A lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, entretanto, alterou a sistemática da reincidência, afastando a reincidência específica de nosso ordenamento jurídico.

Contudo, como já ventilado no início, a Lei dos Crimes Hediondos trouxe de volta ao ordenamento a recidiva específica, ao acrescentar o inciso V, ao artigo 83 do Código Penal, com a finalidade de impedir a concessão de livramento condicional aos reincidentes específicos em crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo. Ademais, como observado por Delmanto (2002, p. 126), a reincidência específica também foi consagrada pelo art. 44, §3º, do CP, com redação dada pela Lei nº 9.714/98, que assevera, ao tratar da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, que “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.

Verifica-se, assim, que o legislador pátrio mantém o entendimento de que a reincidência específica é mais grave que a genérica, estabelecendo efeitos ainda mais danosos ao condenado pela prática de crimes da mesma natureza. Não obstante, a adoção da reincidência específica nos casos apontados não afasta a disciplina da reincidência genérica, que, caso configurada, operará normalmente seus efeitos. Assim, por exemplo, se o autor de um crime hediondo já tiver sido condenado, com trânsito em julgado, por uma lesão corporal, ocorrerá normalmente a incidência do instituto da

reincidência. A reincidência específica, nesse caso, apenas impede a concessão de determinados benefícios.

Em sentido contrário, a lei n.º 9.605/98, em seu artigo 15, inciso I, trouxe um regramento diferenciado em matéria de reincidência específica, ao dispor que são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime a reincidência nos crimes de natureza ambiental. Ou seja, a referida lei passa a apenas considerar esta modalidade do instituto para sua aplicação nos casos de reincidência nos crimes de natureza ambiental, afastando, assim, a regra geral da reincidência genérica, prevista no art. 63, do Código Penal. Aduz Nucci sobre o tema:

Criou-se, no inciso I, do art. 15, uma hipótese de reincidência específica, que é tornar a cometer delitos de natureza ambiental. Resta a questão: afasta-se a reincidência prevista no artigo 61, I, do Código Penal? Parece-nos que outra solução não pode haver. A lei especial passa a considerar apenas a reincidência em delitos ambientais como fator de elevação da pena. Portanto, afastou a reincidência genérica (ex.: se o autor de um crime ambiental já foi condenado, anteriormente, por furto, não é reincidente para os fins da Lei 9.605/98). (2010, p. 938)

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel:

Nos delitos ambientais somente pode ser reconhecida a reincidência específica. O juiz somente poderá aplicar esta agravante se o réu ostentar condenação definitiva por outro crime ambiental. Como o dispositivo menciona “crimes de natureza ambiental”, a condenação não precisa ser por crime previsto nesta Lei Ambiental, bastando que seja condenação por qualquer crime ambiental. (2010, p. 834)

Percebe-se que as duas modalidades de reincidência ainda trazem consequências diversas no nosso ordenamento jurídico-penal.

Persistem, portanto, a vigência das duas modalidades de reincidência no ordenamento jurídico pátrio.

3 A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA RECEPCIONABILIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

3.1 BREVE NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Em sentido amplo, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”, como anota Jorge Miranda (1983 apud MENDES; BRANCO, 2011, p. 1055).

Sobre o tema, ainda esclarece o mestre português:

De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição [...]. Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica. (MIRANDA, 1983, apud BULOS, 2011, p. 133)

Como decorrência da concepção da constitucionalidade e inconstitucionalidade como conceito de relação, surge a possibilidade de se examinar a compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia (BULOS, 2011, p. 134). É essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois, apenas assim é possível afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo que lhe seja contrário (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1056).

É a incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição que se chama de inconstitucionalidade, que, por sua vez, pode se manifestar sob o aspecto formal ou material. Haverá a inconstitucionalidade formal quando a norma for formada por autoridade incompetente ou em de-

sacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Lei Maior. A inconstitucionalidade material ocorrerá quando o conteúdo de leis ou atos contrariar preceito ou princípio da Constituição (SILVA, 2004).

Portanto, sempre que uma norma infraconstitucional for de encontro ao conteúdo de uma norma constitucional, atingindo o sentido de sua determinação, e abrangendo, neste aspecto, da mesma forma, os princípios e os valores positivados, ainda que implicitamente, no texto constitucional, incorrerá esta norma em inconstitucionalidade material.

Importa-nos, neste trabalho, a análise da inconstitucionalidade material do instituto da reincidência, vez que inexistente qualquer evidência de vício de formalidade.

Ademais, a verificação da constitucionalidade que resulte em um controle efetivo está intimamente ligada à rigidez constitucional, bem como ao princípio da supremacia da Constituição, vez que se refere a uma relação de conformidade hierárquica. Ou seja, é em obediência a tais princípios que uma norma infraconstitucional não pode afrontar os preceitos contidos na Lei Maior, tampouco os modificar ou suprimir. “Consequência disso: sendo a Constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem transgressões à sua magnitude” (BULOS, 2011, p. 127). Nada obstante, “os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1058), apenas será inconstitucional o ato que incorrer em sanção (nulidade ou anulabilidade) por desconformidade com a ordem constitucional. Vale aqui registrar o magistério de Kelsen:

Embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com elas incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamentos ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. As-

sim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta preocupação se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato desde admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material.” (1929, apud MENDES; BRANCO, 2011, p. 1058)

Sendo assim, uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é obrigatória. Ora, se a Constituição é fonte legitimadora de todo o ordenamento jurídico, a inobservância de seus preceitos ou princípios deve implicar na sanção de inconstitucionalidade, que, no regime pátrio, acarreta a revogação de todas as normas anteriores que com ela sejam conflitantes, assim como na nulidade de todas as novas normas introduzidas no ordenamento jurídico a partir de sua vigência mas que violam os seus preceitos (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 84).

A sanção de inconstitucionalidade visa, portanto, “preservar a saúde da Constituição, combatendo os vícios que inquinam o comportamento dos órgãos públicos e dos particulares, conspurcando a substância e a forma dos preceitos constitucionais” (BULOS, 2011, p. 162). Desta forma, preserva-se a supremacia constitucional.

Destarte, interessa, ao presente trabalho, a relação de (in)constitucionalidade das normas anteriores à Carta Magna e suas consequências, isso

porque o regramento que valida a existência do instituto da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro é de 1984 (parte geral do Código Penal), anterior, portanto, à atual ordem constitucional.

3.2 A RELAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA PREEXISTENTE À CARTA MAGNA

Os atos normativos infraconstitucionais produzidos sob a égide de uma Constituição revogada devem, necessariamente, ser submetidos à análise da compatibilidade vertical com a nova Constituição.

A superveniência de uma Constituição significa que o alicerce de legitimação de todo o ordenamento jurídico foi modificado. Nessa alteração, todas as leis vigentes passam a ter novo fundamento de validade, que condiciona suas interpretações e significados a novos parâmetros (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 16).

Havendo a compatibilidade vertical, ocorrerá o fenômeno da recepção constitucional das normas infraconstitucionais, que será adiante explicado.

Inconteste que, havendo conflito, como a Constituição é hierarquicamente superior, por sua própria natureza, afasta-se a aplicação da norma infraconstitucional anterior e aplica-se a nova Constituição.

No entanto, importante saber se este afastamento da norma em conflito com a nova constituição se dá por revogação do dispositivo ou por declaração de inconstitucionalidade superveniente.

Desta forma, a análise da compatibilidade do instituto da reincidência com a Constituição de 1988, apenas poderá resultar em sua recepção pela nova ordem constitucional, ou, sua não recepção, com consequente revogação ou declaração de inconstitucionalidade superveniente.

3.2.1 FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

A superveniência de uma nova Constituição não implica, necessariamente, na revogação automática de toda a legislação infraconstitucional. A ausência de norma constitucional expressa, consagrando a continuidade das leis compatíveis com o novo ordenamento, não deve conduzir o intérprete a concluir pela sua negação (HORTA, 2003, p. 203).

As normas infraconstitucionais compatíveis com a nova Carta Magna, ou seja, cuja matéria não esteja em conflito com o conteúdo da nova Constituição, serão por esta recepcionadas, serão incorporadas ao novo parâmetro constitucional, com as necessárias adequações (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 16).

A recepção constitucional ocorre quando há a edição de uma nova Constituição, devendo as normas infraconstitucionais então existentes passarem por uma análise da relação de conformidade e adequação com o texto constitucional recém editado; desta forma, segundo Dirley da Cunha Júnior, a “[...] recepção fará com que as normas compatíveis com a nova ordem constitucional sejam incorporadas ao novo parâmetro constitucional” (2009, p. 259).

A *contrario sensu*, caso haja a incompatibilidade material da norma anterior com a nova Constituição, como já dito, afasta-se a aplicação da norma infraconstitucional e aplica-se a nova Constituição.

Contudo, no âmbito do controle de constitucionalidade, haverá, ainda, a possibilidade de que se reconheça a inconstitucionalidade sem redução de texto, uma técnica de decisão judicial em que se excluem determinadas hipóteses de aplicação da lei, sendo recepcionadas, portanto as situações em que se reconhece a compatibilidade com a nova Constituição (BULOS, 2011, p. 363-364).

Caso não haja a recepção da norma, por reconhecimento de sua incompatibilidade material com a nova Constituição, é importante definir se haverá a revogação ou declaração de inconstitucionalidade superveniente, pois, essa questão repercutirá sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de tratar a matéria, como lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco:

[...] Se eventual conflito entre o direito pré-constitucional e o direito constitucional superveniente resolve-se no plano do direito intertemporal, há de se reconhecer a competência de todos os órgãos jurisdicionais para apreciá-lo. Ao revés, se se cuida de questão de inconstitucionalidade, a atribuição deverá ser exercida pelos órgãos jurisdicionais especiais competentes para dirimir controvérsias dessa índole, segundo a forma adequada. (2011, p. 1075)

3.2.2 INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

O reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente implica na resolução da questão conforme o meio previsto pela Constituição da República (controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade), com o mesmo rigor da declaração de inconstitucionalidade originária das normas editadas após o advento da Constituição. Por exemplo, no caso do instituto da reincidência penal, haveria a possibilidade de interposição de ação direta de inconstitucionalidade, pelos legitimados no art. 103, I a IX, da Constituição, contra os dispositivos que o preveem no Código Penal, e, em conformidade com o disposto no art. 97, da Carta Magna, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderia o Supremo Tribunal Federal (STF) declarar a inconstitucionalidade.

Outro efeito prático é que poderia o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle incidental, conforme o art. 52, X, da Constituição Federal.

Contudo, a teoria da inconstitucionalidade superveniente não é bem aceita pela doutrina pátria, assim como não é admitida pelo STF.

Ocorre que, para que haja a relação de constitucionalidade de um ato normativo com seu fundamento de existência, validade e eficácia, há o pressuposto da contemporânea existência de tal fundamento, uma Constituição.

Desta forma, ao elaborar uma lei, o legislador se pauta pelo ordenamento estabelecido na Constituição de sua época, sendo impossível se pautar pelos ditames de uma Constituição futura. Assim, defende Uadi Lammêgo Bulos, que a inconstitucionalidade superveniente nem inconstitucionalidade é, pois

[...] seria logicamente impossível se averiguar o elo de conformidade entre um ato legislativo elaborado antes do aparecimento da nova ordem constitucional com os preceitos supremos recém-editados, que nem existiam ao tempo em que o poder legislativo ordinário o criou. (2011, p. 156)

A doutrina pátria é majoritária no entendimento de que uma lei que nasce constitucional, por estar em correspondência com os preceitos da Lei

Maior vigente à sua época, não passa a ser inconstitucional (inconstitucionalidade superveniente) em razão de mudança na ordem constitucional. “A lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador” (BROSSARD, 1992, apud MENDES; BRANCO, 2011, p. 1078).

Deste modo, o entendimento predominante, e aceito pelo Supremo Tribunal Federal, é que os atos editados antes da vigência de uma Constituição, que com ela estiverem em desconformidade, são por ela revogados em virtude da ausência de recepção pela nova ordem jurídica. Conclui Bulos (2011, p. 157) que “na realidade, aquilo que os doutrinadores chamam de inconstitucionalidade superveniente nada mais é que uma das formas de exteriorizar a revogação [...]”.

3.2.3 REVOGAÇÃO DA NORMA ANTERIOR

Afastando-se o entendimento da inconstitucionalidade superveniente, “a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito do direito intertemporal” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1075).

Nessa linha de raciocínio, o que há é a mera revogação da lei anterior, naquilo em que for contrária à nova Constituição, tendo em vista que o princípio geral é que a lei posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat priori*), quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou, ainda, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, conforme o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Deixa, portanto, de existir, no ordenamento jurídico, a norma anterior que contraria os novos preceitos constitucionais.

Assim, os juízes e tribunais não estão obrigados a submeter ao STF as questões concernentes à compatibilidade entre o direito anterior e a Constituição, sendo, da mesma forma, dispensável a adoção das formalidades e procedimentos aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade, se situando a matéria na esfera da simples aplicação do direito (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1076/1077).

Por conseguinte, as disposições normativas que regulam o instituto da reincidência, e que preveem a própria existência do instituto, editadas em data anterior à Lei Fundamental de 1988, que com esta estejam em con-

trariedade, deverão ser consideradas revogadas em razão da não recepção de tais normas.

Cumpre-nos, desta maneira, analisar a reincidência penal à luz dos princípios penais constitucionais para verificação de sua recepção, ou revogação, em razão do advento da Constituição Federal de 1988.

4. ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Sobre o tema de princípios, tornou-se clássica definição elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma que princípio

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra. (2000, p. 747)

Os mandamentos nucleares do direito penal, previstos na Constituição, servem de baliza para todo o sistema jurídico-penal, afirmando princípios que constituem garantia da liberdade individual em face do poder público, limitando o *jus puniendi* por meio de uma série de disposições que dizem respeito às garantias e direitos individuais dos cidadãos (FRAGOSO, 2004, p. 7).

O texto constitucional de 1988 estabeleceu, explícita e implicitamente, princípios fundamentais de direito penal de um Estado social e democráti-

co de direito, orientando o legislador ordinário à adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundamentado em um direito penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista (BITENCOURT, 2006, p. 14).

Adiante, tratar-se-á da análise dos principais princípios, previstos na Carta Magna, que se relacionam com o instituto da reincidência, a fim de esclarecer o questionamento acerca da recepção da recidiva.

4.1 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE, O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E O DIREITO PENAL DO AUTOR

O princípio da culpabilidade encontra-se albergado implicitamente no texto constitucional, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O conceito de culpabilidade pode ser entendido, em termos gerais, como um juízo de reprovação que se faz ao autor de uma conduta típica e antijurídica, que, podendo se comportar conforme o direito, optou, livremente, por se comportar contrário ao direito, considerando que, nas circunstâncias da prática delitiva, era-lhe exigível o cumprimento da norma (BRANDÃO, 2008, pp. 200-201).

Apesar da ênfase na figura do autor do fato avaliado como criminoso, a análise da culpabilidade não se estende à conduta de vida deste, “[...] nosso direito penal, como direito penal do ato que é, é direito penal com culpabilidade de ato e não direito penal com culpabilidade de autor” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 523).

É o próprio princípio da culpabilidade que proporciona essa garantia, que limita a incidência do direito penal apenas ao fato delituoso praticado, e não à personalidade ou conduta de vida do autor do fato. É o que ensina Santiago Mir Puig:

El principio de responsabilidad por el hecho, que exige un derecho penal del hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidade, y su exigencia de tipicidad de los delitos: el mandato de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el derecho penal del autor y la teoría de los tipos de autor que propusieran

*los penalistas nacionalistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falseadades, etc. (tipos de conductas), el derecho penal debía castigar al homicida, al ladrón, al falsificador, etc... (tipos de autor)*². (2002, p. 130)

Ocorre que, no campo doutrinário, procura-se justificar o instituto da reincidência em uma suposta maior culpabilidade do agente, combinando-o, frequentemente, com o fundamento da maior periculosidade (FREITAS, 2009, p. 114-115). Nesse sentido, a doutrina pátria sustenta que “a reincidência refere-se à culpabilidade do réu, e decorre da própria estrutura do direito Direito Penal da Culpa”; outrossim, “a reincidência insere-se, portanto, no conjunto de um juízo de culpabilidade, nos termos acima postos: como circunstância inerente à pessoa que conduz à maior reprovação” (REALE JUNIOR, 2004, p. 96). Luiz Regis Prado também assevera que a reincidência “influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita” (2011, p. 605).

Entretanto, ao se compreender o instituto sob análise desta forma, especialmente no caso do regime de aplicação da reincidência no ordenamento brasileiro, que impõe o aumento de pena de forma automática, pela mera verificação objetiva da existência da reincidência, o juízo de reprovação é direcionado à personalidade do agente, pois não se realiza a análise das circunstâncias dos fatos, incompatibilizando-se, assim, com o papel do princípio da culpabilidade sob a égide de um Estado democrático de direito, vez que se afasta do direito penal do ato, inaugurando, no ordenamento jurídico pátrio, o direito penal do autor: pune-se de forma mais grave o reincidente por ser reincidente.

Destarte, amplia-se a extensão do conceito de culpabilidade, de forma que a conduta de vida do agente relaciona-se de maneira direta na incidência do grau de responsabilidade em agir conforme ao direito.

O direito penal democrático é o direito penal do fato, no qual a reincidência, ou qualquer outro aspecto referente apenas à pessoa do acusado,

2 Tradução livre: O princípio da responsabilidade pelo ato, que exige um direito penal do ato, exclui a possibilidade de se punir o caráter ou modo de ser. Vincula-se este princípio com o da legalidade, e sua exigência de tipicidade dos crimes: o mandato de determinação da lei penal exige uma descrição diferenciada de cada conduta criminosa. Isso é negado pelo direito penal do autor e a teoria dos tipos de autor que propuseram os penalistas nacionais: em vez de punir o assassinato, o furto, as falsificações, etc. (tipos de condutas), o direito penal deve punir o assassino, o ladrão, o falsário, etc ... (tipos de autor).

não pode legitimar juízo de culpabilidade.

É o que sustenta Zaffaroni, ao afirmar que a reincidência

[...] só se explica nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente. Ao contrário, as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias. (ZAFFARONI, *apud* BUENO DE CARVALHO; CARVALHO, 2008, p. 64-65)

Ocorre que, na culpabilidade do fato, a circunstância de o agente ter uma vida pregressa em que se registra uma condenação com trânsito em julgado pela prática de um crime não enseja uma maior culpabilidade, a não ser que estivéssemos na seara da periculosidade (SIQUEIRA, 2012).

A reincidência, portanto, fere o princípio da culpabilidade, quando atribui responsabilidade penal pelo autor e não pelo fato atual, e outra não pode ser a conclusão, pois a pena é agravada por um motivo que em nada se relaciona com o crime posterior praticado.

A reincidência não se refere a motivos ou maneiras mais reprováveis de se cometer o delito, mas apenas existe, no caso brasileiro, como mencionado alhures, a verificação puramente objetiva da ocorrência de uma primeira condenação. Assim, os seus pressupostos, seus fundamentos, não se correlacionam com o crime atual, com o ato que está sendo julgado, mas com o crime passado e o valor que este atribui exclusivamente à história de vida, ou de conduta, do indivíduo. Quando, na verdade, a capacidade para delinquir, revelada na prática da reincidência, não pertence ao próprio delito, ainda que se reflita nele, não afetando, assim, a gravidade da culpabilidade (RANIERI *apud* MIR PUIG, 1974, p. 452).

Anote-se, ainda, que, na análise da culpabilidade pela prática do crime posterior, o juízo de reprovação não é necessariamente mais elevado do que o efetuado no primeiro crime; pelo contrário, a reprovação direcionada ao autor do fato criminoso posterior pode, inclusive, ser de grau inferior. No mesmo sentido, conclui Ricardo Freitas:

[...] ao contrário do que sustenta uma parcela da doutrina nacional, uma culpabilidade supostamente mais intensa do agente também não pode fundamentar a referida agravante,

uma vez que a reprovação dirigida ao autor do fato punível posterior pode perfeitamente ser de grau inferior àquela que lhe foi feita pelo primeiro delito por ele cometido. Nem sempre, no delito posterior, o agente revela uma vontade mais intensa de cometê-lo, podendo ocorrer justamente o contrário. (FREITAS, 2009, p. 135)

Sobre esta questão, é importante ressaltar a solução adotada pelo Código Penal Português, que legitimou, além de pressupostos formais, como pressuposto material da reincidência, a culpa agravada do agente, impondo a análise acerca da efetiva ocorrência de que a anterior condenação não tenha servido de suficiente advertência contra o crime³.

Apesar de entendermos aplicáveis ao ordenamento português as ponderações já lançadas acerca da incompatibilidade entre o princípio da culpabilidade e o instituto da reincidência, sendo insuficiente a solução adotada pelo Código Penal Português, de pronto nota-se um maior cuidado do legislador com a consideração das causas que entende justificarem o instituto.

É que, naquele ordenamento, a reincidência não funciona de forma automática como consequência da reiteração criminosa, que é o caso brasileiro, mas, há um dever imposto ao magistrado de analisar as circunstâncias do caso, demonstrando, de forma fundamentada, se, efetivamente, houve ou não, na prática do crime posterior, um desrespeito ou desatenção do agente com a função de advertência da pena que lhe foi anteriormente imposta. É exatamente neste desrespeito ou desatenção do agente que o legislador vê fundamento para uma maior censura e, portanto, para uma suposta culpa agravada relativa ao fato cometido pelo reincidente (DIAS, 1993, p. 268).

Mas, na realidade brasileira, como se culpar o agente se sequer há o requisito do cumprimento, ao menos parcial da pena? Bem assim, como considerar uma culpa agravada do agente se o próprio Estado, ao aplicar

3 Art 75º, Código Penal Português:

“1. É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a seis meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a seis meses por outro crime doloso, **se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.**

[...]”. (grifo nosso)

a pena anterior, falhou no seu dever de ressocialização? Se o Estado não cumpre os fins da pena, é impossível que esses sejam tomados em consideração para agravar a situação daquele que foi submetido a uma pena cujo fim resta, atualmente, completamente distante da realidade.

Incontestes, por conseguinte, que se torna inconcebível que se restrinjam as consequências materiais do princípio da culpabilidade por meio da admissão do instituto da reincidência, que lhe é frontalmente contrário, pois projeta a análise da culpa à análise de uma qualificação jurídica subjetiva.

4.2. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Tal princípio determina a correspondência entre a responsabilização da conduta e a sanção a ser aplicada, de forma que a pena atinja as suas finalidades. Para tanto, o Código Penal, no art. 59, elencou os critérios a serem seguidos pelo juiz para fixação da pena-base. Sobre a matéria, leciona Bitencourt que

Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base. (2006, p. 700)

Em complemento, o art. 68 do Código Penal, dispõe que, após a fixação da pena-base, com a observância do art. 59, “serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. É o critério trifásico de dosimetria da pena.

Como se vê, em observância ao princípio da individualização da pena, revela-se incorreta a prática de reduzir a complexidade da análise e ponderação das circunstâncias do art. 59, do Código Penal, a meros procedimentos matemáticos, puramente objetivos, sob pena de violação à teleologia

da norma e aludido princípio, ao negar as nuances que cada uma das ditas circunstâncias assumem na vida real, no caso concreto. Assim, a pena deve ser fixada a partir das circunstâncias particulares do caso que digam respeito à situação individual do réu, vedado qualquer tipo de padronização.

Contudo, no que tange à reincidência, o agravamento da pena é obrigatório. Ocorre que nem sempre o reincidente é merecedor de sanção penal mais gravosa, sendo a aplicação objetiva da agravante, sem a análise do caso concreto, uma ofensa aos ditames do princípio da individualização da pena.

Em outros termos, a aplicação meramente objetiva da reincidência, como circunstância agravante, ou impeditiva de benefícios, viola o princípio da individualização da pena, cuja observância nos ditames constitucionais não implicaria na aplicação da reincidência como um imperativo de aumento baseado em dados estritamente objetivos.

É o que defende Cernicchiaro, que, até mesmo, sugere a utilização do princípio constitucional da individualização da pena como resposta aos problemas causados pelo instituto. Afirma o autor que a reincidência

[...] não é imperativo de aumento, baseada em dados meramente objetivos. Afetaria pois até o princípio da individualização da pena. Não faz sentido a cominação afetar o grau mínimo e o grau máximo, e a agravante não ensejar oportunidade de análise específica. A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá, ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena. As considerações invocadas são ajustáveis ao Código Brasileiro, o texto, sem dúvida, impõe ponderar a condenação anterior. Afaste-se, todavia, a mera interpretação literal. A lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador. (apud BUENO DE CARVALHO; CARVALHO, 2008, p. 66)

Assim, outra conclusão não é possível senão que a atual sistemática do instituto da reincidência está em manifesta desarmonia com o princípio constitucional da individualização da pena.

4.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA E O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Embora a proporcionalidade não se encontre taxativamente prevista na Constituição de 1988, sua obediência decorre de outros princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

O princípio da proporcionalidade da pena corresponde à necessidade de sua gradação em conformidade com o crime. Beccaria, autor que consagrou a necessidade de observância ao princípio em comento, ao fim de sua obra intitulada “Dos Delitos e Das Penas”, cuja primeira edição veio a lume em 1764, concluiu que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (2009, p. 122).

A observância desse princípio implica na exigência de um juízo de ponderação sobre a relação existente entre a gravidade do fato (crime) e a gravidade da pena (FREITAS, 2001, p. 102).

É como ensina Santiago Mir Puig:

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social)⁴. (2002, p. 133)

Neste esteio, o princípio orienta tanto a criminalização de comportamentos pelo legislador, com a justa cominação abstrata da pena, proporcional à magnitude do bem jurídico protegido pelo tipo penal, quanto a sua aplicação pelo juiz.

Desta forma, no que tange à reincidência, importa-nos ressaltar que o fato de o agente ser reincidente não agrava em nada o segundo delito por

4 Tradução livre: “Dois aspectos ou requisitos devem ser distinguidos no princípio da proporcionalidade das penas. Primeiro, a própria necessidade de que a pena seja proporcional ao delito. Além disso, a exigência de que a medida da proporcionalidade se estabeleça com base na importância social do ato (sua nocividade social)”.

ele praticado, ou seja, a fato de um crime ser praticado por um reincidente não o torna mais grave. Como ainda assevera Mir Puig:

Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida⁵ [...]. (2002, p. 618)

Desta forma, com a reincidência, rompe-se a proporcionalidade entre crime e pena, dado que o acréscimo é realizado com supedâneo puramente nessa qualidade subjetiva, ferindo relação entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

4.4. O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

O princípio do *ne bis in idem* não está previsto de forma expressa na Constituição da República, mas é frequentemente considerado um princípio decorrente dos princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do respeito à coisa julgada e da proporcionalidade das penas, sendo, também, um dos alicerces do Estado democrático de direito.

Além disso, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, faz referência expressa ao princípio, em seu artigo 8º, item 4, que determina que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

O princípio do *ne bis in idem* é uma restrição ao poder punitivo estatal, consubstanciando-se em uma garantia de liberdade e segurança do cidadão, tendo sua incidência tanto no direito processual, quanto no direito material.

Sua dimensão substantiva, material, implica que sobre o mesmo fato (punível) não pode haver dupla valoração, isto é, o delito anterior não pode, de novo, produzir consequências penais. No aspecto processual, a

5 Tradução livre: “É, na verdade, reprovável que se agrave a pena, em um direito penal que respeita o foro íntimo e que quer ser limitado a proteger bens jurídicos (sociais externos), por uma mera atitude interna do sujeito que não afeta o grau ou a forma da lesão produzida [...]”.

decorrência é o dever de observar-se a coisa julgada e o impedimento de que alguém seja julgado duas vezes pelo mesmo fato (FRANCO, 2010, p.1). Esclarecedor é o magistério de Ricardo Freitas, ao tratar das decorrências do princípio do *ne bis in idem*:

Por tal razão, não se pode punir o agente duas ou mais vezes pela prática de um único fato punível. Assim, por exemplo, não se deve considerar uma dada circunstância quando da fixação da pena-base para, depois, tomá-la como agravante genérica. Além disso, não se pode considerar determinada circunstância judicial ou legal em desfavor do agente, quando ela integra a figura típica como elemento da definição do crime, causa de aumento da pena ou circunstância qualificadora. Por outro lado, no que diz respeito ao aspecto mais propriamente processual penal não se permite que o agente seja julgado duas vezes pelo mesmo fato. Tais limitações ao poder de punir traduzem o denominado princípio constitucional do *ne bis in idem*. (2009, p. 122)

Relacionando o princípio à reincidência, o questionamento que é levantado é, se ao reincidente se impõe uma pena maior do que a legalmente cominada ao novo delito praticado, ou se o prejudica de alguma outra maneira (como a impossibilidade de livramento condicional, por exemplo) ao ser condenado por este novo delito, não se está novamente valorando, julgando, e punindo o reincidente por aquele crime anterior, sobre o qual já houve a justa e proporcional imposição da pena, inclusive sobre a qual repousa o manto da coisa julgada?

Carrara (2000, p. 204) expõe o problema:

No se puede afirmar que, a causa de la reincidencia, se aumenta la cantidad del segundo delito, pues ella no es ningún motivo para aumentar la imputación, y este supuesto fue el error que ocasionó tan graves objeciones contra la pena de la reincidencia. Se afirma que el reo ha saldado ya la primera partida, y sería injusto ponérsela en cuenta por segunda vez⁶.

6 Tradução livre: “Não se pode afirmar que por causa da reincidência, se eleve o grau do segundo crime, pois ela não é motivo para aumentar a imputação, e esta suposição foi o erro que causou tão sérias objeções contra a pena da reincidência. Alega-se que o réu a tenha saldado na

Com efeito, ao tratar-se da reincidência, é inafastável a conclusão de que existe violação ao princípio sob análise. Com a agravação obrigatória da pena em razão da existência de um delito antecedente, projetam-se novos efeitos decorrentes da prática deste mesmo delito passado, para a atualidade. Assim, conclui-se que “em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio do *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito, decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 718).

Uma fórmula simples e bastante elucidativa é apresentada por Ricardo Freitas no que diz respeito à comprovação de que os efeitos da reincidência se operam exclusivamente em razão da prática do primeiro delito. Sugere o autor que se desconsidere, eliminando-o mentalmente, o cometimento de um primeiro delito; dessa forma, o segundo delito certamente não seria castigado com mais rigor, fato que confirma a existência da influência do cometimento anterior de um crime, já devidamente julgado, com pena já definida, sobre as consequências (aumento da pena e demais efeitos) do segundo delito (FREITAS, 2009, p. 125). Ou seja, está voltando-se a sancionar, penalizar o indivíduo por aquele crime anterior. Assim, existe uma múltipla valoração sobre a prática de um único crime, de forma a violar o aspecto material do princípio do *ne bis in idem*.

Sobre a questão, acrescenta Alberto Silva Franco:

A reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença anterior como pressuposto do *plus* punitivo. (2010, p. 4)

Dessarte, o Estado reitera, de forma inadmissível, o exercício do *jus puniendi*, com fundamento na prática de um mesmo ato sobre o qual já havia imposto a justa punição.

primeira vez, e seria injusto colocá-la em conta por uma segunda vez”.

Neste idêntico aspecto, não se pode deixar de registrar que, por meio da violação do princípio do *ne bis in idem*, da forma como exposta, viola-se, por consequência, a proteção à coisa julgada. Isto porque, se, para a configuração da reincidência, exige-se uma sentença penal com trânsito em julgado, ao novamente se tomar em consideração o mesmo ato para a imposição de uma nova pena, fere-se a imutabilidade do primeiro julgado, visto que, verdadeiramente, o que ocorre é uma modificação das consequências jurídicas provenientes da prática deste primeiro delito.

Infelizmente, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, de maneira geral, admite a consideração da reincidência sob o entendimento de que o instituto não viola o princípio *ne bis in idem*⁷. Na verdade, os tribunais apenas consideram a ocorrência do *bis in idem*, no que diz respeito à reincidência, quando ela funcionar, simultaneamente, como agravante e como circunstância judicial, conforme o teor da Súmula 241, do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

CONCLUSÃO: A NÃO RECEPÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já exposto, com o advento de uma nova Constituição, o ordenamento legal infraconstitucional deve ser submetido à análise da compatibilidade vertical com a nova Carta Magna.

Havendo conflito material entre a nova Constituição e a lei anterior, entende-se pela não recepção da norma infraconstitucional, com sua consequente revogação.

O instituto da reincidência encontra seu fundamento de validade na parte geral do Código Penal, cuja redação foi dada pela lei n.º 7.209/84, anterior, portanto, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por tal razão, é imperiosa a análise da recepcionabilidade do referido instituto pela Carta Republicana de 1988. Impõe-se, outrossim, a análise da

7 Sobre a questão, ver os seguintes julgados: HC 96046, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012; HC 101579, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011 EMENT VOL-02611-01 PP-00100; HC 107274, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011.

compatibilidade da recidiva com os fundamentos de um Estado democrático de direito, que é o sistema institucional inscrito no artigo 1º da Lei Maior.

Assim, o instituto da reincidência deve atentar para os parâmetros constitucionais, sob pena de não ser recepcionado pela Carta Magna e, por conseguinte, ter reconhecida a sua revogação.

O cotejo normativo realizado no presente trabalho revela que não há nenhuma razão válida para que se entenda pela legitimação constitucional do instituto da reincidência. Pelo contrário, as violações aos princípios constitucionais da culpabilidade, da individualização da pena, da proporcionalidade da pena e do *ne bis in idem* determinam a não recepção do instituto pela Constituição de 1988. Qualquer lei penal que leva em consideração as condenações anteriores sofridas pelo agente, para lhe impor, novamente, uma sanção pelo mesmo fato praticado, afronta abertamente as garantias básicas de um Estado democrático de direito.

Hoje, não é válido manter, em nosso sistema jurídico punitivo, essa forma aberrante que se apoia na gravidade do modo de vida de um indivíduo. O instituto da reincidência, é, na verdade, um “tipo de autor”, visto que não pretende definir uma conduta normativamente, mas a personalidade: ser reincidente. Ademais, a agravação obrigatória da pena, sem a possibilidade da análise das circunstâncias do caso, implica em violação ao princípio da individualização da pena. Ainda, com a reincidência, rompe-se a proporcionalidade entre gravidade do crime e quantidade da pena, dado que o acréscimo é realizado com a única justificativa de que o agente é reincidente, ou seja, em uma qualidade subjetiva que não se relaciona com o fato. O instituto da reincidência, outrossim, direciona o julgador a uma múltipla valoração, com dupla punição, sobre a prática do mesmo crime.

Percebe-se que, apesar da alteração textual do código penal, com a reforma de 1984, persiste o mesmo juízo sobre a pessoa do reincidente: presunção de periculosidade.

Por tais considerações, outra não pode ser a conclusão senão a indicada por Ricardo Freitas:

Visando ao ajustamento do direito penal infraconstitucional ao Estado de Direito, recomenda-se pura e simplesmente a completa revogação do art. 63 do CP e de todos aqueles que lhe são correlatos. No mínimo, um programa reformista menos ambicioso há de estar voltado para a progressiva reforma

dos aspectos mais nocivos da reincidência e para a paulatina supressão de seus inúmeros e contraproducentes efeitos legais. (2009, p. 135)

A reincidência, portanto, não é compatível com um direito penal de garantias, corolário de um Estado democrático de direito, assim como não se compatibiliza com os preceitos da Carta Cidadã de 1988.

A partir do momento em que se legitima um aumento de pena, bem como a imposição de uma série de outras consequências gravosas, por rotular-se alguém como “mais perigoso”, ainda que de forma não declarada, como é no caso da reincidência, restam, de forma inquestionável, violados os preceitos constitucionais do Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal: parte general**. Tradução para o espanhol de José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Santa

Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2009 .

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Atualizado por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Reincidência e repressão penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 81, p. 93-138, nov./dez. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. et al. **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

_____. **La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10,14o., 10,15o., 61,6o. y 516,3o.** Barcelona: Editorial Bosch, 1974.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Prisão e Liberdade:** As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** vol. I. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. vol. I. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

2. TESES

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **O caráter retórico do princípio da culpa na medida da pena:** a desconstrução e superação de uma culpabilidade eticizante. 2012. 283 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

3. SITES WEB

FRANCO, Alberto Silva. **Reincidência:** um caso de não-recepção pela constituição federal; Boletim IBCCRIM. nº 209 . Abr. 2010. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>> Acesso em 18 out 2012.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NOVAS PERSPECTIVAS DO CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF ^{1*}

Mateus Victor Pereira Cavalcanti

Estudante do Curso de Direito da UNICAP.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar o controle judicial das omissões normativas inconstitucionais sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, destacando-se as mudanças paradigmáticas que ocorreram gradativamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e que permitem observar se a Corte vem assumindo, hoje, uma postura ativista nessa matéria.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o Neoconstitucionalismo; 2. A Constituição Brasileira de 1988: a expansão da jurisdição constitucional e a judicialização da política; 3. A inconstitucionalidade por omissão e seus instrumentos de controle; 4. O tribunal constitucional como “legislador negativo”; 5. O Supremo Tribunal Federal e o dogma do “legislador negativo”; 6. Novas perspectivas do controle das omissões normativas pelo STF: superando o dogma do “legislador negativo”; 7. Considerações finais: o ativismo judicial no STF e a busca pela concretização das normas constitucionais; 8. Referências.

Palavras-chave: Omissões Normativas Inconstitucionais; Supremacia Constitucional; Separação dos Poderes; Ativismo Judicial.

1 ^{*} Trabalho apresentado no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional - 25 Anos da Constituição Brasileira - Homenagem aos 80 anos do Professor Nelson Saldanha.

1. INTRODUÇÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO

É possível observar que o constitucionalismo do século XX é marcado pelo fortalecimento jurídico e institucional das constituições, pela ampliação dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, bem como pela importância do papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e na garantia das prerrogativas inerentes à dignidade humana.

Até a Segunda Guerra Mundial, todavia, prevalecia, na Europa, “uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições”². Essas eram vistas apenas como *programas políticos*, cujas normas não possuíam efetivo caráter vinculativo. Dessa maneira, a preservação dos direitos fundamentais estava condicionada, em última instância, à vontade das maiorias políticas presentes nos parlamentos.

A Segunda Guerra e as violações aos direitos humanos dela decorrentes favoreceram diversas mudanças paradigmáticas no direito constitucional que se refletem até os dias atuais. De fato, como a maior parte dessas violações se procedeu em consonância com as leis, José Carlos Francisco³ pondera que

(...) a inserção de princípios fundamentais em ordenamentos constitucionais e a afirmação de direitos mediante o fortalecimento de Cortes Constitucionais apareceram como medidas contra o arbítrio do Legislador ordinário e também como modo de valorização da justiça material na aplicação do Direito (em confronto com o significado formal de justiça extraído da simples aprovação de normas a partir do rito previsto).

Assim, a constituição passou a ser compreendida, então, como autêntica norma jurídica, “que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis”⁴.

2 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 77.

3 FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 60.

4 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 77.

Igualmente, constitui traço característico do constitucionalismo do 2º pós-guerra a inserção de normas impregnadas de elevado teor axiológico nos textos constitucionais, tais como, *conceitos jurídicos indeterminados* ou *cláusulas gerais*, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto⁵.

Com efeito, indispensável se fez a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, haja vista que a maior parte das normas mais importantes das constituições desse período caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica e por serem, em grande parcela, princípios e não regras, ampliando-se, pois, o papel do intérprete da constituição no processo de aplicação do direito.

Neste particular, Daniel Sarmento esclarece que a “necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial”⁶.

Outro aspecto importante percebido neste movimento constitucionalista, iniciado na Europa ocidental após a Segunda Guerra Mundial, diz respeito à “remoralização” do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre o direito e a moral. A “remoralização” do direito decorre da premência de se garantir uma maior legitimidade ao ordenamento jurídico que não mais pode auferir, de forma exclusiva, por intermédio de dispositivos normativos sua justificação⁷. No entanto, Thays Oliveira de Britto e Walber de Moura Agra⁸ alertam:

A introdução de vetores morais não pode ocorrer de forma arbitrária, mas revestidos em moldes jurídicos através de princípios, que serão delimitados pelas demais normas do campo normativo. Não se postula a subordinação da Ciência Jurídica, apenas defende que o autismo formal seja ultrapassado.

5 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333-334.

6 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 78-79.

7 BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 25-26.

8 BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. cit., p. 27.

Ademais, assistiu-se ao fenômeno da *constitucionalização do direito*, “que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos jurídicos nos mais variados ramos do Direito”⁹. Da mesma forma, a visão tradicional de separação de poderes, que acabava por obstaculizar uma atuação ativa do Poder Judiciário, cede espaço a posições mais favoráveis ao ativismo de caráter jurisdicional com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e os valores constitucionais.

A este conjunto de transformações, que permitiram a redefinição do papel da constituição e de sua importância na interpretação jurídica em geral, costuma-se atribuir a expressão *neoconstitucionalismo*. Em verdade, não se pode falar em um único neoconstitucionalismo, de tal sorte que corresponda a uma concepção teórica clara e precisa, embora seja possível identificar determinados aspectos comuns que foram acima analisados e que marcam notadamente o fenômeno jurídico-constitucional atual¹⁰.

Em síntese apertada, **é possível apontar como principais características do neoconstitucionalismo**: a) a centralidade da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento; b) as novas categorias de interpretação constitucional; c) a constitucionalização do direito; e) a releitura do princípio da separação dos poderes; d) a abertura do direito para o debate moral; e f) o protagonismo do Poder Judiciário.

Feitas estas considerações iniciais sobre as transformações observadas no direito constitucional contemporâneo, mostra-se significativa a análise dos reflexos dessas mudanças paradigmáticas no Brasil, especialmente, a partir da Constituição de 1988, que pode ser considerada o marco histórico do neoconstitucionalismo no país. Este estudo revela-se importante para a melhor compreensão das novas perspectivas do controle judicial das omissões normativas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), objetivo principal deste trabalho.

9 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 78.

10 Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013, p. 01; SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 76.

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No Brasil, o movimento “neoconstitucionalista” ganha força a partir da Constituição da República de 1988, que consolidou o processo de redemocratização do país. A Carta Cidadã, além de ter previsto, em seu texto, um amplo elenco de direitos fundamentais e seus respectivos mecanismos de proteção (remédios constitucionais), reforçou a jurisdição constitucional com a ampliação do rol de legitimados a propositura de Ação Direta da Inconstitucionalidade.

Demais disto, vale ressaltar que a Constituição de 1988 estabeleceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de competência originária do STF, visando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. Outra significativa **ação constitucional foi prevista pela** Emenda Constitucional nº 03/1993, em que o legislador constituinte derivado criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), permitindo que seja pleiteada, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal com o objetivo de encerrar controvérsia jurisprudencial sobre sua validade.

Para ilustrar, destacam-se os seguintes aspectos significativos: a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); os limites materiais ao Poder de Reforma (art. 60, § 4º); o princípio da inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXV), o fortalecimento das Funções Essenciais à Justiça; a instituição do controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto por meio da ação direta quanto do mandado de injunção; dentre outros exemplos.

Neste ponto, pertinente é o ensinamento de Daniel Sarmento: “Esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política [...]”¹¹.

Decerto, o modelo de constitucionalização abrangente adotado e o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) impulsionaram a “judicialização” de questões relevantes do ponto de vista político, social e econômico, possibilitando que sejam deci-

11 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 86.

didadas, em caráter final, pelo Judiciário. Como resultado deste processo de “judicialização” da política e das relações sociais, o STF “passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado”¹².

Ademais, o processo de **constitucionalização do direito é característica marcante** do ordenamento jurídico estruturado a partir da Constituição de 1988, haja vista a inclusão no texto constitucional de temas regulados, outrora, em sede ordinária, bem assim a releitura da ordem jurídica por intermédio dos princípios e valores constitucionais (filtragem constitucional). A esse respeito, Luís Roberto Barroso¹³ ensina que:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

Portanto, a Constituição de 1988 intensificou as mudanças paradigmáticas decorrentes do movimento neoconstitucionalista, na medida em que reconhece força normativa dos princípios e sua importância na interpretação jurídica em geral, recomenda a adoção de métodos mais abertos de hermenêutica jurídica (ponderação), defende a constitucionalização do direito e favorece a *judicialização da política*, “com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”¹⁴.

12 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 94.

13 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013, p. 12.

14 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit.,

Este trabalho se insere propriamente no debate doutrinário e jurisprudencial acerca deste último aspecto, especialmente no que diz respeito a uma eventual ocupação pelo Supremo Tribunal Federal de espaço próprio do Legislativo. Com este objetivo, faz-se necessário revisitar, antes, as principais ideias que fundamentam a tese do “legislador negativo”, formulada por Hans Kelsen, para indicar a natureza dos Tribunais Constitucionais.

Posteriormente, serão analisadas decisões relevantes do STF no âmbito do controle das omissões normativas inconstitucionais, destacando-se as alterações substanciais que ocorreram gradativamente em sua jurisprudência e que permitem observar se a Corte vem assumindo, hoje, uma postura ativista nessa matéria.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E SEUS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

É importante reservar breves considerações sobre a inconstitucionalidade por omissão e seus instrumentos de controle no ordenamento jurídico brasileiro, para que, posteriormente, se proceda a uma análise da jurisprudência do STF. Em princípio, nota-se que a Constituição de 1988 introduziu mecanismos jurídicos inéditos voltados ao controle da inconstitucionalidade por omissão. Essa preocupação do constituinte revelou-se consentânea com a necessidade de garantir a efetividade das normas constitucionais. Na lição de Flávia Piovesan, “a garantia de efetividade das normas constitucionais é operacionalizada pelos instrumentos de controle da omissão inconstitucional, que devem ser compreendidos à luz dos princípios constitucionais”¹⁵.

Em linhas gerais, tem-se a inconstitucionalidade por omissão quando o poder político deixa de praticar determinado ato exigido pela constituição. Desde logo, percebe-se que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe uma exigência constitucional de ação, ou seja, apenas se configura a prática omissiva quando existe um dever constitucional de agir. Reitere-se que o objeto central desse estudo é a omissão legislativa, que resulta da inércia

p. 74.

15 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

do legislador na tarefa de elaborar as normas necessárias para garantir a efetividade da constituição. Flávia Piovesan¹⁶ ressalta que

Nesta concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.

Questão interessante diz respeito ao momento de caracterização da omissão. No caso do próprio texto constitucional estabelecer prazo para a elaboração da lei (a exemplo dos artigos 20, 40 e 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88), a omissão se torna inconstitucional a partir do escoamento desse prazo sem a adoção das medidas necessárias. Quando não há fixação de prazo pela constituição, necessária se faz uma avaliação, com base na razoabilidade e levando em consideração as circunstâncias do caso, sobre qual seria o prazo razoável para a adoção da medida. Concluindo-se, a partir dessa avaliação, que o ato não só poderia mas deveria ser editado ao longo de determinado prazo, ficará configurada a omissão inconstitucional, especialmente em se tratando de direitos e garantias fundamentais.

Neste particular, vale mencionar que a inconstitucionalidade por omissão pode ser (i) total, na hipótese inércia completa do legislador, ou (ii) parcial, correspondente à deficiência ou insuficiência da atividade legislativa, que não atende, pois, de forma satisfatória à vontade constitucional. Deve-se enfatizar, também, que o controle da inconstitucionalidade por omissão se limita, essencialmente, às *normas constitucionais de eficácia limitada*, pois dependem de regulamentação para produzir plenamente seus efeitos. Segundo Walber de Moura Agra¹⁷, as normas de eficácia limitada

16 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 79-80.

17 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Fo-

São aquelas normas que apenas terão eficácia imediata quando forem regulamentadas. A forma como foram dispostas no Texto Constitucional não permite que elas produzam efeitos imediatos, tendo de esperar pelo surgimento de uma norma que as regule. Todavia, possuem eficácia mediata, negativa, ou seja, nenhuma norma infraconstitucional poderá afrontar seu conteúdo. As normas de eficácia limitada se dividem em normas programáticas e normas de princípio institutivo.

Finalmente, merecem destaque os mecanismos de controle das omissões inconstitucionais, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira integra o controle objetivo de constitucionalidade, ou seja, constitui ação tendente a tornar efetiva a norma constitucional, devendo ser dada ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição¹⁸. Assim, não busca satisfazer um direito subjetivo, mas tem por objeto o controle abstrato da inconstitucionalidade da inércia dos órgãos competentes para a concretização da Carta Magna.

São legitimados, para sua propositura, os mesmos aptos a ingressar com ação direta de constitucionalidade (art. 103, I a IX, da CF/88), exceto se o legitimado é o próprio órgão que está omissivo, por incompatibilidade lógica. O Supremo Tribunal Federal tem competência para processar e julgar esta ação, por ser o órgão incumbido da guarda da Constituição Federal. Quanto aos efeitos da decisão, o § 2º, do art. 103, da Constituição, é claro ao dispor que, se julgada procedente, declarar-se-á a inconstitucionalidade por omissão, seguindo-se da ciência de poder competente, para que adote as medidas pertinentes. Por ser decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, seus efeitos são *erga omnes*, isto é, a todos aproveitam.

Por sua vez, o mandado de injunção consiste em ação constitucional cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes

rense, 2010, p. 85.

18 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1351-1352.

à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF/88). A expressão “norma regulamentadora” deve ser entendida em sentido amplo, como toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Nesse caso, não apenas o STF será competente para conhecer da ação, mas também o serão os Tribunais de Justiça dos Estados, quando se tratar de omissão da Assembleia Legislativa em face da Constituição Estadual respectiva. Qualquer pessoa ameaçada ou lesada em seus direitos pode se valer do mandado de injunção.

No que respeita aos efeitos do mandado de injunção, evidenciam-se, ao menos, duas concepções principais: a) deve o Judiciário apenas declarar inconstitucional a omissão, cientificando o órgão competente para adotar as medidas necessárias à realização da norma constitucional, tendo a sentença caráter mandamental (tese não concretista); b) o Judiciário deveria tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, proferindo sentença de conteúdo normativo (tese concretista individual).

4. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Com a compreensão da importância do papel das constituições nos ordenamentos jurídicos ocidentais, tornou-se necessária a criação de mecanismos e agentes responsáveis pela garantia judicial de suas normas. Conforme visto acima, a partir da segunda metade do século XX, o postulado da *supremacia da constituição* ganha força na medida em que esta não apenas disciplina o modo de produção das leis, mas, também, estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado e delimitar o âmbito de exercício dos direitos fundamentais.

A constituição passa a valer como autêntica norma jurídica, assumindo a centralidade no ordenamento. Por conseguinte, a criação dos Tribunais Constitucionais revelou-se como consequência natural da nova ordem jurídica. Para André Ramos Tavares, a jurisdição constitucional assenta-se em dois pilares básicos, quais sejam: “(i) a colocação da Constituição como *lex superior*, pois não havendo supremacia da Constituição, não haveria lugar para tribunais constitucionais; e (ii) a necessidade de que a Constituição contemple um Tribunal Constitucional e a ele atribua sua guarda”¹⁹.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 191.

Todavia, nas primeiras décadas do século XX, o jurista austríaco Hans Kelsen foi responsável pelo desenvolvimento inicial do controle concentrado de constitucionalidade na Europa, no qual o Tribunal Constitucional pudesse decidir, em última instância e com efeitos *erga omnes*, se um ato do parlamento seria ou não afrontoso à constituição. Destarte, é necessário rever os principais aspectos que caracterizam o Tribunal Constitucional na visão kelseniana, principalmente no que diz respeito à sua peculiar natureza de “legislador negativo”, para que se compreenda a postura adotada, em um primeiro momento, pelo STF no controle judicial das omissões normativas inconstitucionais.

Observa-se que Kelsen reconhecia a dificuldade de se atribuir a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos normativos ao parlamento – como, também, ao chefe do poder executivo, como queria Schmitt –, na medida em que o órgão legislativo **é considerado pelo jurista, em grande medida, “um livre criador do direito”, desempenhando a tarefa de aplicá-lo apenas de forma restrita.**

Assim, não está a atividade legislativa totalmente subordinada à constituição, mas apenas em relação ao procedimento, o que desqualificaria a constituição como *norma fundamental*, ou seja, parâmetro máximo de juridicidade do ordenamento jurídico. Kelsen conclui que é um órgão diferente do parlamento, “independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou tribunal constitucional”²⁰.

Não obstante se atribua a Kelsen o desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais como mecanismos efetivos de garantia da constituição, ele não identifica a natureza desses órgãos como propriamente jurisdicional. O autor situa a jurisdição constitucional, ao contrário do que uma análise precipitada poderia sugerir, na esfera da atividade legislativa, e não na jurisdicional²¹. É que para Kelsen a função legislativa é responsável pela elaboração de normas gerais, enquanto que a função jurisdicional produz somente normas individuais.

20 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150.

21 Com este pensamento: SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

Sem embargo, trata-se de distinção apenas quantitativa, uma vez que, para o mesmo autor, jurisdição e legislação podem ser encaradas como criação do direito bem como aplicação do direito. A diferença substancial reside no fato de que a atividade do Tribunal Constitucional está absolutamente determinada pela constituição, quase sem espaço para uma atividade criativa, ao passo que o legislador está condicionado à constituição, em regra, apenas quanto ao procedimento de elaboração das normas, mas não com relação ao seu conteúdo²².

Partindo desse pressuposto, percebe-se que a decisão do Tribunal Constitucional que anula uma lei contrária à Constituição possui o mesmo caráter de generalidade que a criação dessa mesma lei. Por isso, em vez de o Tribunal Constitucional produzir uma norma individual, ele desfaz uma norma geral com as mesmas características dessa, atuando, portanto, não como órgão jurisdicional, mas, sim, como um “legislador negativo”²³.

Nas palavras de Kelsen: “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”²⁴.

Nessa concepção, a decisão a ser proferida, em sede de fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais Constitucionais, seria de cunho “constitutivo-negativo”, ou seja, “declarar-se-ia a anulabilidade dos atos que, ao final, seriam tidos por inconstitucionais”²⁵. Segundo Oswaldo Luiz Palu, “A decisão seria *constitutiva* e não *declaratória* como no sistema norte-americano; vale dizer os efeitos seriam *ex nunc* e não *ex tunc*, algo como a revogação da lei”²⁶.

Decerto, o Tribunal Constitucional kelseniano, ao contrário do legislador, desenvolve sua atividade de maneira quase totalmente determinada pela constituição. Com isso, pretendia-se diminuir a esfera de discricio-

22 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. cit., p. 153.

23 LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109.

24 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. cit., p. 151-152.

25 VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76.

26 PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

nariedade do Tribunal Constitucional, impedindo o aumento da atividade criativa deste órgão. Glauco Salomão Leite assinala que, nesse contexto, “o trabalho do tribunal constitucional se resume em averiguar a obediência do Parlamento aos procedimentos estabelecidos pelas precisas normas constitucionais de natureza procedimental, e, apenas, nos poucos casos que texto constitucional previr, aos conteúdos nela indicados”²⁷.

Este mesmo autor oferece síntese didática sobre o tema: “a tese do legislador negativo de Kelsen pressupõe que (a) a produção de normas gerais é tarefa exclusiva da função legislativa, (b) o tribunal constitucional apenas aplica normas bem definidas da Constituição, sendo sua atuação, por isso, (c) quase que completamente determinada pelo texto constitucional”²⁸.

Todavia, o estudo do contexto vivenciado pela Europa, no início do século XX, auxilia a compreensão desse modelo de jurisdição constitucional. A Europa presenciou, nesse período, o fortalecimento da *Escola Livre do Direito*, cuja filosofia antilegalista respaldava uma maior desvinculação dos juízes aos preceitos legais, sustentando, inclusive, a possibilidade de proferirem decisões *contra legem*, quando necessárias para preservar valores estranhos ao ordenamento jurídico, porém em sintonia com o “espírito do povo” ou a “natureza das coisas”²⁹.

Nessa orientação, Luis Prieto Sanchís indica que a reação antilegalista e judicialista do Direito Livre pode ser tomada seguramente como um aspecto que justifica a concepção kelseniana de jurisdição constitucional, visto que tal movimento proporcionou um crescente ativismo dos juízes ordinários em contraposição às disposições legais: “el juez se convierte en el mediador entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias *contra legem*”³⁰.

Assim, não se pode olvidar que o modelo idealizado por Kelsen atende mais a razões ideológicas e políticas do que a motivos de ordem técnica e jurídica. Conceber um modelo difuso de jurisdição constitucional signifi-

27 LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. cit., p. 110-111.

28 LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. cit., p. 112.

29 Adota este mesmo raciocínio: LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. cit., p. 109.

30 SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

caria ampliar ainda mais a possibilidade de criação do direito pelos juízes ordinários, haja vista a possibilidade de que eles não aplicassem determinadas normas sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

Mostrava-se necessário, na visão do mestre de Viena, que a competência de declarar a inconstitucionalidade das leis fosse atribuída, de forma exclusiva, ao Tribunal Constitucional, restando asseguradas as prerrogativas do parlamento e evitando-se o surgimento de um “governo de juízes”. Nesta perspectiva, precisa é a lição de Luis Prieto Sanchís³¹, para quem:

(...) sustrayendo toda competencia de control a la jurisdicción ordinaria, Kelsen configura un Tribunal que expresamente forma parte del poder legislativo y que, sobre todo, ha de actuar de manera tal que reduzca al **mínimo** la irremediable dimensión subjetiva o creativa que tiene todo **órgano**, sea legislativo o judicial. [...] el modelo kelseniano de justicia constitucional pretende expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendencialmente contradictorios, el de constitucionalidad y el de supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo una vez que la Constitución ya no se concibe en términos meramente retóricos. La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador.

Apesar disso, é possível concluir que o Tribunal Constitucional, tal como desenvolvido por Kelsen, constitui o órgão responsável, de forma exclusiva, pelo controle de constitucionalidade dos atos normativos, cujas decisões possuem efeitos *erga omnes*. Da mesma forma que a criação de

31 SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

uma lei caracteriza-se pela generalidade, também a invalidação dessa lei pelo Tribunal Constitucional desfrutaria de caráter geral. Trata-se de atividade legislativa, porém com *sentido negativo*. É preciso deixar claro que o aspecto central da análise aqui procedida leva em conta essencialmente a impossibilidade de uma maior participação do Judiciário na criação do direito, não sendo objeto de estudo a possível função legislativa desempenhada pelo Tribunal Constitucional.

Pode-se perceber, também, que existe um importante fundamento ideológico presente na concepção de jurisdição constitucional proposta por Kelsen, uma vez que seu objetivo era fortalecer o princípio da sujeição dos juízes ordinários à lei, garantindo a supremacia do parlamento. Nesse contexto, caberia ao Tribunal Constitucional realizar um juízo de compatibilidade formal entre a lei e a constituição, haja vista que sua atividade restaria quase que totalmente determinada pelo texto constitucional, não havendo espaço para criação do direito por tal órgão.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Neste ponto e no seguinte, serão apresentadas, de forma resumida, as conclusões observadas a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando se encontra diante de omissão do Poder Legislativo, que impossibilita a aplicabilidade eficaz de dispositivo constitucional e o pleno exercício de direitos. Objetiva-se compreender se o STF recepcionou o dogma do “legislador negativo” e se a Corte tem assumido atualmente um comportamento ativista, a partir de sua atuação no controle das omissões normativas inconstitucionais, tendo como paradigma a Constituição da República de 1988.

É bem verdade que as constituições contemporâneas, sobretudo a brasileira, não se limitam apenas a garantir os direitos individuais, buscando fornecer proteção jurídica contra as agressões dos poderes públicos. Antes, preocupam-se, também, com a determinação de fins e programas para os agentes públicos, especialmente através da constitucionalização de direitos sociais, sendo necessária, pois, uma participação ativa do Estado na concretização desses direitos. Com efeito, muitas normas constitucionais têm sua eficácia condicionada à atividade do legislador, sem a qual

restará impedido o exercício pleno dos direitos constitucionais – normas de eficácia limitada, conforme foi mencionado acima.

Em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento na jurisprudência do STF segundo o qual o Tribunal deveria apenas restringir sua atuação, no caso de inconstitucionalidade por omissão, à simples comunicação do órgão estatal, a fim de que este tomasse as medidas necessárias para sanar a omissão e possibilitar o exercício do direito. A recepção do tradicional dogma do “legislador negativo” pela Corte brasileira tornou-se evidente.

As bases deste direcionamento foram definidas, essencialmente, no julgamento do Mandado de Injunção (MI) 107-3, em 23.11.1989, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No caso, decidiu-se que o mandado de injunção é “[...] ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna) [...]” (DJ 21/09/1990).

De fato, o marco definidor da visão da Corte sobre a matéria firmou-se nesse precedente³². A Corte partiu do princípio de que a solução que recomendava a expedição de norma geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada³³.

Nesse sentido, foi a decisão do STF no MI 20-4, em que se discutiu a eventual inércia do Congresso Nacional em regulamentar a lei a que se refere o art. 37, VII, da Constituição, que assegura o direito de greve dos servidores públicos. Assim se manifestou o Ministro Relator: “(...) defiro o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo

32 Sobre este ponto, confira-se: VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55.

33 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1380.

ordenamento constitucional” (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22/11/1996).

Analisando o mesmo tema, o Tribunal manteve esse pensamento, já no ano de 2002, na apreciação do MI 585-9: “Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial provimento do *writ* para que tal situação seja comunicada ao referido órgão” (Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2002, DJ 02/08/2002). Ainda sobre a questão, seguiu-se a mesma posição no MI 485-4 (Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2002, DJ 23/08/2002).

A orientação também foi consagrada nos mandados de injunção 369, 278 e 695, quanto à omissão do Congresso Nacional em regulamentar o disposto no art. 7º, XXI, da Constituição, que diz respeito ao aviso prévio proporcional. Consta da ementa do MI 278: “[...] Pedido deferido em parte no que toca à regulamentação do art. 7º, XXI da CF, para declarar a mora do Congresso Nacional, que deverá ser comunicado para supri-la” (MI 278, Rel. Min. Carlos Velloso, Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001). A referida omissão legislativa foi suprida, entretanto, com a promulgação da Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011.

Assim, percebe-se que o STF adotou, nas decisões acima, a tese *não concretista* com relação aos efeitos da decisão proferida em mandado de injunção, entendendo que o Judiciário apenas deveria declarar inconstitucional a omissão e cientificar o órgão competente para adotar as medidas necessárias à realização da norma constitucional. Na prática, essa interpretação conferida pelo STF aproximava os dois instrumentos destinados ao controle das omissões inconstitucionais – o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, na medida em que a Corte se utilizava da regra contida no art. 103, § 2º, da Constituição, para delimitar os efeitos do provimento jurisdicional em ambas as ações, resumindo-se à comunicação do órgão omissor.

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI), destaca-se a decisão do STF na ADI 267-MC/DF, em que se discutiu a mora do Legislativo em elaborar lei complementar regulando o número de deputados na câmara federal, nos termos do art. 45, § 1º, da Carta Magna: “A ausência dessa lei complementar (*vacuum juris*), que constitui o necessário

instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta corte. O reconhecimento dessa possibilidade jurídica implicaria transformar o STF, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer” (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.1990, DJ de 19/05/1995). É de se ressaltar, porém, que essa omissão está, hoje, suprida em face da Lei Complementar nº 78/1993.

Também evidencia esse ponto de vista o seguinte julgado: “A procedência de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23.05.1996, DJ 20/09/1996).

6. NOVAS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DAS OMISSÕES NORMATIVAS PELO STF: SUPERANDO O DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Conforme se pode notar, a concepção tradicional do “legislador negativo” implica reconhecer que a decisão do Tribunal Constitucional, em face de inconstitucionalidade por ação, consiste em remover do ordenamento positivo a norma incompatível com o sistema jurídico-constitucional, e, no caso de inconstitucionalidade por omissão, comunicar ao órgão estatal que se encontra em mora constitucional. Foi possível observar, também, que as bases da jurisprudência do STF sobre a inconstitucionalidade por omissão foram firmadas no Mandado de Injunção (MI) 107-3/QO, no sentido de que o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas.

Assim, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal adotou, inicialmente, a tese do “legislador negativo”, desenvolvida por Kelsen para indicar

a natureza dos Tribunais Constitucionais. A propósito, Sérgio Fernando Moro³⁴ aduz que esse entendimento levou ao esvaziamento da eficácia do mandado de injunção. Todavia, “Após o Mandado de Injunção n. 107, ‘*leading case*’ na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que até então admitida”³⁵.

No MI 232-1 se reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo em regulamentar o disposto no art. 195, § 7º, da Constituição, que trata da isenção de contribuições previdenciárias para as entidades beneficentes de assistência social *que atendam às exigências da lei*. Decidiu-se que, se, no prazo de 06 meses, o Congresso Nacional não adotasse as providências necessárias, o requerente passaria a gozar da imunidade pleiteada (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27/03/1992).

Por sua vez, no MI 283-5, foi declarada a inércia do legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, do ADCT/CF88, assinalando-se o prazo de 45 dias para a elaboração da norma, mais 15 dias para a sanção presidencial. Ultrapassado o prazo sem a promulgação da lei, dever-se-ia “reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem [...]” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14/11/1991). Analisando questão semelhante, segue-se esse precedente no MI 284-3 (Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1992, DJ 26/06/1992).

No entanto, Flávia Piovesan pondera que, “embora as decisões do MI 232-1 e do MI 283-5 expressem um avanço na orientação jurisprudencial do Supremo, ainda não expressam a real possibilidade do mandado de injunção, que permite ao próprio poder Judiciário assegurar ao impetrante o exercício imediato de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais no caso concreto”³⁶. A mudança substancial na jurisprudência do STF, que permitiu uma nova compreensão do instituto do mandado de injunção

34 MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237.

35 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1381.

36 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 137.

e possibilitou a superação do dogma tradicional do “legislador negativo”, ocorreu quando a Corte apreciou, novamente, a questão do direito de greve dos servidores públicos, por ocasião dos Mandados de Injunção 670-9, 708-0 e 712-8, e do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos civis da União, no julgamento dos Mandados de Injunção 721-7 e 758-6.

Nos Mandados de Injunção 670-9, 708-0 e 712-8 o STF, por maioria, adotou uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão do Congresso Nacional de regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição. O Tribunal determinou a aplicação, no que for compatível, da Lei nº 7.783/89, que disciplina o direito de greve na iniciativa privada, para os servidores públicos, a fim de conceder efetividade à Constituição. E foi além: a Corte atribuiu eficácia *erga omnes* à decisão, ou seja, que não se limita às partes do processo, mas garante o direito aos servidores públicos de modo geral.

Vale destacar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670 de que foi Relator: “[...] não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar nos casos de inatividade ou omissão do legislativo” (Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJ 31/10/2008).

Também foi importante a decisão proferida pela Corte nos Mandados de Injunção 721-7 e 758-6, pela qual reconheceu o descumprimento do dever constitucional do Legislativo em regulamentar o art. 40, § 4º, da Constituição, que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos. Assim foi decidido no MI 721-7: “[...] Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91” (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJ 30/11/2007).

Nota-se que, em ambos os casos, o Tribunal não apenas reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo, mas proferiu sentença de caráter normativo, com o objetivo de garantir o exercício de direitos constitucio-

nais. Trata-se de *sentença aditiva*, instituto amplamente desenvolvido no direito italiano, por exemplo, e que pode ser compreendida como espécie de sentença normativa por meio da qual se alarga o âmbito de incidência de certa disposição de norma, de modo a alcançar situações não previstas originalmente³⁷.

Na visão do então Ministro Eros Grau, que foi Relator do MI 712-8, caberia ao STF remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto: norma enunciada como texto normativo, logo sujeita à interpretação pelo seu aplicador. Não se estaria – na esfera desse tipo de prestação jurisdicional – legislando, mas desenvolvendo função normativa, compatível com o compromisso de efetivar o texto constitucional³⁸. Adotou-se, portanto, a tese concretista quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção, sendo que, no caso do direito de greve em particular, a Corte seguiu a posição que alguns autores denominam de *concretista geral*, haja vista a atribuição de efeitos *erga omnes à decisão*.

Destarte, essa mudança paradigmática não apenas significou a ampliação dos efeitos do mandado de injunção, mas, também, o afastamento, pelo menos no campo das omissões inconstitucionais, do papel tradicional de “legislador negativo”, anteriormente assumido pela Corte. Por fim, o desenvolvimento do instituto do mandado de injunção não foi percebido com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ressalta-se apenas a determinação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse a norma regulamentadora, mas ainda sem consequências práticas em caso de descumprimento. Na ADI 3.682/MT, para exemplificar, declarou-se a mora do Congresso em produzir a lei complementar a que alude o § 4º, do art. 18, da CF/88, e se fixou o prazo de 18 meses para a adoção das medidas necessárias.

37 Para uma análise detalhada sobre o tema: SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 214.

38 VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. cit., p. 59.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ATIVISMO JUDICIAL NO STF E A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Observa-se, hoje, a ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo quando atua na defesa dos direitos fundamentais e das prerrogativas inatas à dignidade da pessoa humana. Certamente, a elevada importância atribuída ao Judiciário revela-se como consequência da ampliação e fortalecimento da jurisdição constitucional, bem como em razão da “judicialização” da política e das relações sociais.

Decerto, a Constituição da República de 1998 representa o marco histórico do *neoconstitucionalismo*, conjunto de ideias que redefiniram o papel da constituição e sua importância na interpretação jurídica de todo ordenamento legal, concedendo lugar central aos direitos fundamentais, valorizando a presença de princípios jurídicos e fortalecendo o sistema de controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, o modelo de jurisdição constitucional brasileira favorece, em boa medida, o ativismo judicial, ou seja, uma maior participação do Judiciário (principalmente, o Supremo Tribunal Federal) na concretização dos valores e fins constitucionais.

No entanto, especialmente no julgamento dos Mandados de Injunção 670-9, 708-0, 712-8, 721-7 e 758-6, o STF não apenas reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo, mas proferiu sentença de caráter normativo, com o objetivo de garantir o exercício de direitos constitucionais. Essas decisões refletem uma participação mais intensa da Corte em espaços de debate essencialmente políticos. A questão mais importante, em nosso entender, diz respeito à legitimidade dessa atuação. Alguns aspectos merecem ser explicitados sobre o tema.

Em primeiro lugar, a enunciação do texto normativo pelo STF para tornar viável o exercício de direitos constitucionais que dependem de regulamentação é medida necessária tendo em vista o postulado da força normativa da constituição. Conforme foi mencionado acima, o constitucionalismo contemporâneo é marcado pelo fortalecimento institucional das constituições, de tal sorte que passaram a ser vistas como autênticas normas jurídicas. Atualmente, reconhece-se o caráter vinculativo e obrigatório das normas constitucionais, vale dizer, as disposições constitucionais são dotadas de imperatividade, que é característica essencial das normas

jurídicas em geral, sendo que o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos processuais adequados para garantir sua observância (a exemplo do controle de constitucionalidade).

Nessa perspectiva, não se pode conceber a força normativa da constituição quando direitos assegurados pela Carta Magna não podem ser exercidos pelos seus titulares em virtude da inércia do Legislativo. Da mesma forma, é forçoso convir que a *supremacia da constituição*, corolário do Estado Constitucional de Direito, busca combater qualquer comportamento que contrarie suas normas, seja por meio de ação, seja por meio de omissão estatal. Desse modo, a necessidade de efetividade das normas constitucionais pode, em certa medida, legitimar o intérprete judicial da constituição a desenvolver ao máximo suas potencialidades, ainda que isto signifique ampliar sua atividade criativa.

Em segundo lugar, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais se relaciona com o controle das omissões inconstitucionais. O § 1º, do art. 5º, da Constituição consagra o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, dispondo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A partir desse princípio, toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e, nesse sentido, cabe aos poderes públicos conferir eficácia imediata a todo e qualquer preceito que consagre um direito fundamental. “Cabe, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora deste princípio”³⁹.

Em outras palavras, tem o Judiciário o papel de densificar os preceitos constitucionais definidores de direitos e garantias fundamentais de forma a possibilitar sua aplicação imediata, principalmente naqueles casos em que se verifica a ausência de norma concretizadora⁴⁰. Por outro lado, a Constituição não atribui uma faculdade ao legislador, para que este escolha se concede ou não o direito. Antes, ela impõe um dever de agir, podendo o legislador dispor apenas sobre a adequada configuração **da disciplina normativa**, ao passo que, se desrespeita esse comando, deve o Judiciário

39 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 90.

40 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 91.

velar pela concretização das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais⁴¹.

Por último, um terceiro aspecto que, de certa forma, relaciona-se aos demais: a necessária releitura do princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição). Ocorre que a visão tradicional do princípio da divisão dos poderes impedia que os tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas⁴². **É importante a observação de Walber de Moura Agra⁴³** que, embora se refira à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, também pode ser aplicada ao mandado de injunção:

Todavia, uma das mais importantes inovações do legislador constituinte de 1988 teve seus efeitos esvaziados, transformando-se em uma “folha de papel”. O Supremo Tribunal Federal estiolou por muito tempo a eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, curvando-se a um dimensionamento ultrapassado do princípio da separação dos poderes, firmando que, mesmo constatada a omissão, não pode o STF exercer função legislativa supletiva e preencher a lacuna existente. Houve o apego a um entendimento ultrapassado do princípio da separação dos poderes porque ele, em um mundo pós-moderno, não se reduz a seu aspecto funcional, ganhando maior relevância sua finalidade de assegurar a verdadeira eficácia dos dispositivos constitucionais, o que impede que omissões inconstitucionais possam existir na realidade fática.

Todavia, Juliano Ralo Monteiro adverte que “o modelo seguido pelo Poder Constituinte Originário, via Carta da República de 1988, foi o da separação de poderes flexível. Logo, os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo não exercem apenas funções típicas, mas, também, atípicas, isto é, próprias uns dos outros”⁴⁴. Nesse contexto, foi estabelecido pela ordem constitucional um sistema de controles recíprocos, denominado

41 Nesse sentido: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1389.

42 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1348.

43 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 669.

44 MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 161.

pela doutrina americana de *checks and balances* (freios e contrapesos). O controle das omissões inconstitucionais pelo STF deve ser entendido à luz desse sistema, na medida em que a omissão do órgão legislativo é contida e controlada pelo Judiciário.

Por todo o exposto, acredita-se que a atuação do STF, ao determinar a solução normativa nos casos de omissão legislativa inconstitucional, é harmônica com a necessidade de garantir a eficácia das normas constitucionais. O *ativismo judicial* da Corte, isto é, a participação mais intensa em espaços que, em um primeiro momento, estariam reservados ao legislador, deve ser compreendido sob a óptica dos postulados da força normativa da constituição e da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos fundamentais.

Na lição pertinente de Walber de Moura Agra: “Cumprido a missão de garantir a regulamentação da Constituição, não está o Judiciário exorbitando suas funções porque a novel estruturação do princípio da separação dos poderes não é mais feita baseada em funções primordiais, mas no escopo de cumprir a Lei Maior. Assim, cada um dos poderes pode suplementar a competência de outro desde que haja omissão e que seja para cumprir um mandamento constitucional”⁴⁵. Por derradeiro, não se pode perder de vista que a tarefa de dar concretização às normas constitucionais não é exclusiva do Legislativo, destacando-se a importância dos demais poderes nesse desenho institucional.

8. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz

45 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 670.

Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional**

brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade** – conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional, **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, nº 7, Abr./Jun. 2009, p. 167-181.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A RELEVÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA CRIANÇA PARA A RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS RELATIVAS À SUA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL

Pedro de Paula Lopes Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Defensor Público Federal. Membro Suplente do Grupo de Trabalho para assistência às mulheres processadas por sequestro internacional de crianças decorrentes da Convenção de Haia existente o âmbito da Defensoria Pública-Geral da União.

RESUMO: Em 25 de outubro de 1980, veio a lume a Convenção de Haia relativa aos aspectos civis do sequestro internacional de crianças, internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 3.413/2000. O presente trabalho analisa um dos elementos considerados pela referida Convenção como relevantes para a solução das controvérsias dessa natureza: a manifestação vontade da criança, nas hipóteses em que já atingiu idade e grau de maturidade suficientes à consideração de suas opiniões a respeito do tema, consoante estabelece o seu art. 13. Para tanto, serão analisados aspectos legais, doutrinários, além de relatórios de organizações internacionais e de julgados de cortes internacionais.

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - A relevância da manifestação de vontade da criança; 2.1 - Previsão convencional; 2.2 - A manifestação de vontade da criança como direito fundamental da pessoa humana; 3 - Consideração da manifestação da criança no caso concreto; 4 - Conclusão; Referências.

Palavras-chave: Sequestro Internacional. Vontade. Manifestação. Melhor interesse.

1 INTRODUÇÃO

A intensificação dos fluxos migratórios a partir da segunda metade do século XX teve repercussões de múltiplas ordens para o direito internacional. A mudança na composição das famílias no mundo inteiro, com a frequente formação de casais de nacionalidades distintas, apresentou-se como desafio adicional à regulação de inúmeros temas, a exemplo daqueles relativos ao reconhecimento da condição de refugiado, aos efeitos (sempre deletérios) da apatridia e à proteção aos direitos fundamentais dos migrantes indocumentados.

Ocorre, porém, que permaneceu por longo período sem qualquer normatização internacional satisfatória uma questão inerente à intimidade das famílias: as hipóteses de sequestro de uma criança do país de seu domicílio habitual ou de sua retenção ilícita em estado alheio ao de seu primitivo domicílio. Embora aparentemente de pouca repercussão para as questões atinentes à soberania estatal, o tema é de enorme relevância para os cidadãos que com ele se envolvem, por dizer respeito aos mais sensíveis sentimentos da vida familiar, dialogando com a relação entre pais e filhos, em geral de difícil penetração para o Estado e, mais ainda, para a comunidade internacional conjuntamente considerada.

Tradicionalmente, o Estado sempre foi identificado como o sujeito do direito internacional por excelência. As relações interestatais, assim, seriam tão mais relevantes ao direito internacional quanto mais afetas a temas como soberania e autodeterminação. A mudança de paradigma vivenciada a partir, sobretudo, da segunda metade do Século XX, porém, possibilitou o reconhecimento da condição de sujeito de direito internacional à pessoa natural, individualmente considerada e independentemente de sua relação de sujeição a qualquer país (CANÇADO TRINDADE, 2006).

A milenar ligação do grupo familiar com instituições como o Estado e a igreja, favoreceu, por séculos, que as relações entre pais e filhos fossem definidas não apenas pelos sentimentos de amor, fraternidade e pertencimento a um determinado núcleo, mas também por certo caráter de autoridade e ascendência, muitas vezes com matizes fortemente hierárquicas.

Dessa forma, os ordenamentos jurídicos ocidentais parecem ter absorvido o caráter de autoridade das relações parentais, sendo poucos os exemplos em que a vontade ou aspirações das crianças são consideradas

relevantes para a tomada de decisões de caráter jurídico. O ordenamento jurídico brasileiro é também exemplo dessa escassez. Muito embora a CF/88 afirme que a família é base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado (art. 226), certo é que o Capítulo VII do Título VIII da Carta da República não deu cores mais vivas à relevância da vontade da criança ou do adolescente.

Nesse contexto, surgem novos paradigmas de proteção à criança¹, que passa a ser vista como efetivo sujeito de direitos, cujo interesse deve ser considerando primordial, não se confundindo com os interesses dos seus pais ou do país de sua nacionalidade. O tema em questão tem estreita correlação com o novo posicionamento da criança no quadro das relações jurídicas internacionais.

2 A RELEVÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA CRIANÇA

2.1 PREVISÃO CONVENCIONAL

A Convenção de Haia 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças despontou primordialmente como instrumento de cooperação jurídica internacional. De caráter simultaneamente prescritivo e programático, o texto convencional estabelece ter por objetivos o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou que nele estejam indevidamente retidas, bem como fazer respeitar, de maneira efetiva, os direitos de guarda e visita ali existentes (art. 1º).

Para atingir essa finalidade, a Convenção insta os signatários a tomar todas as medidas necessárias, sem estabelecer uma lista exauriente, ou mesmo exemplificativa, de providências a serem adotadas, mencionando, ainda, a necessidade de recurso a procedimentos urgentes (art. 2º).

O art. 13 da Convenção, a seu turno, estabelece hipóteses em que a auto-

1 Para efeitos deste trabalho, utilizaremos a expressão criança para definir toda pessoa com idade inferior a 16 (dezesseis) anos, apesar das disposições do art. 1º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, mencionar a idade de 18 (dezoito) anos para essa finalidade. A opção se deve ao caráter especial da Convenção de Haia de 1980, no que diz respeito ao tema do sequestro internacional de crianças. Não serão consideradas para os fins deste artigo as distinções presentes na legislação nacional entre criança e adolescente.

ridade judicial ou administrativa do país para o qual a criança foi ilegalmente levada, ou onde está sendo ilicitamente retida, pode recusar a solicitação de retorno oriunda do país de domicílio habitual da criança. Essas hipóteses visam, em última análise, à proteção do melhor interesse da criança e estão fundadas, basicamente, nos seguintes elementos: 1) na ausência de exercício efetivo dos direitos relativos a guarda ao tempo da mudança de residência ou à época do início da retenção ilícita ou na posterior anuência com relação a alguma dessas situações; 2) na hipótese em que a criança corra o risco de sujeitar-se, com o seu retorno, a riscos de ordem física ou psíquica ou, nos termos da convenção, de ficar em situação intolerável.

Interessa-nos em particular a disposição contida no referido artigo, no sentido de que “a autoridade judicial ou administrativa pode também se recusar a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto”. Observa-se, assim, uma clara preocupação das partes contratantes com relação ao sentimento pessoal da criança relativamente a sua própria condição familiar, o que reforça o seu reconhecimento como sujeito de direitos.

Efetivamente, a norma é de grande relevância, de tal modo que a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada na Quarta Conferência Especializada sobre Direito Internacional Privado (IV CIDIP), de 15 de julho de 1989 e internalizada no ordenamento jurídico nacional através do Decreto nº 1.212/94, conta com dispositivo semelhante em seu art. 11.

2.2 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA CRIANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

Primeiramente, é de se destacar que consideramos o debate acerca da necessidade de oportunizar à criança o exercício da manifestação de vontade uma discussão relativa a um direito que se tem, e não referente a um direito que se quer, seguindo a fecunda diferenciação de Norberto Bobbio (BOBBIO, 2005, p 15). Dessa forma, consideramos que a normatização internacional relativa aos direitos da criança vigente é suficiente para estatuir a garantia de voz à criança e, mais ainda, de que sua manifestação será levada em consideração, ainda que o resultado da demanda dela divirja.

A título de esclarecimento, porém, é preciso registrar que há certo consenso na literatura relativa ao tema, no sentido de que os fundamentos para objeção do retorno da criança previstas na Convenção devem ser interpretados restritivamente, sob pena de comprometimento da eficácia da norma. Assim, as hipóteses de não exercício dos direitos de custódia ao tempo da subtração, o consentimento dos *left-behind parents* (art. 13, “a”), a possibilidade de que o retorno da criança a submeta a danos físicos ou psicológicos (art. 13, “b”), de objeção fundamentada por parte da criança que já atingiu certo grau de maturidade (art 13), bem como as hipótese em que o Estado solicitado alega possível violação aos seus princípios de proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais (art. 20), deveriam ser intepertradas de forma a não minar a força normativa da Convenção.

Segundo essa linha de raciocínio, especificamente com relação ao tema da objeção apresentada pela criança, decorreria que, mesmo já tendo atingido grau de maturidade suficiente para ser levada em consideração, a manifestação de vontade da criança não teria sido erigida à condição de critério determinante para a resolução dos conflitos dessa natureza. Desse modo, as autoridades centrais ou judiciais dos Estados demandados poderiam, em tese, adotar posicionamentos divergentes daquele externado pela criança, ainda que já madura o suficiente para ter sua vontade levada em consideração. Nesse sentido, são as considerações de Brodtkin e Stangarone:

O art. 13 da Convenção estabelece que a autoridade judicial pode recusar-se a determinar o retorno da criança se concluir que a criança se recusa a regressar e que atingiu idade e grau de maturidade tais que se mostre apropriado levar em consideração o seu posicionamento. Essa disposição não vincula o juiz à manifestação da criança, mesmo que reconheça ter ele ou ela atingido considerável grau de maturidade. Nesse sentido, a Convenção reconhece que a criança objetora deve ter voz, mas não veto no processo decisório sobre seu retorno ou não. (...). Como dito acima, a Convenção confere à criança voz, mas não veto. A objeção por parte da criança não é uma barreira absoluta ao seu retorno, posto que isso significaria delegar-lhe a última decisão a respeito de sua custódia. (BRODKIN; STANGATORE, 2011, p. 2-5, tradução

nossa).²

Dessa forma, a determinação pelo retorno ou não da criança não estaria necessariamente atrelada à sua manifestação de vontade, cujo teor não vincularia a autoridade judicial ou administrativa competente para a solução da controvérsia e que poderia, até mesmo, não colher a opinião da criança.

Por outro lado, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 estabelece clara preocupação com relação à necessidade de oportunizar à criança a formulação de seus pontos de vista e a expressão de suas opiniões com relação a todos os assuntos a si relacionados, deixando claro, ainda, que tais opiniões **devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança** (art. 12.1).

De forma mais enfática, o art. 12.2 do mesmo instrumento normativo prescreve a **necessidade** de que a criança seja ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, diretamente ou por intermédio de representante ou órgão apropriado. O mesmo tratado assevera expressamente o direito da criança de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo o tipo e por qualquer meio escolhido pela criança, conforme se depreende do seu art. 13. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989)

De nossa parte, entendemos que jurisprudência e doutrina devem evoluir no sentido de fortalecer a visão da criança como sujeito de direitos, dando-lhe voz ativa em todas as ocasiões em que seu posicionamento possa ser colhido. Nesse sentido, a realização dos objetivos elencados no art. 1º da Convenção não pode negligenciar a disposição contida no art. 3º(1) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, no sentido de que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribun-

2 Art.13 of the Convention provides that the judicial authority may refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained and age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views. It does not require a judge to automatically accede to the child's stated wishes even if he or she finds the child has attained a degree of maturity. In this way, the Convention recognizes that the objecting child should have a voice, but not a veto in the process of deciding whether he or she will be returned. (...) An objection by a child is not an absolute bar to a return as that would delegate the ultimate decision to the child as to which jurisdiction the issue or her custody should be determined.

ais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

A referência aos interesses da criança também aparece no preâmbulo da Convenção de Haia de 1980, apesar de os objetivos definidos em seu art. 1º terem caráter aparentemente mais técnicos se comparados àqueles estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Assim, abrir à criança a oportunidade de manifestar sua vontade é medida que reforça a sua condição de sujeito de direitos e que densifica garantias internacionalmente consagradas.

3. CONSIDERAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DA CRIANÇA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, convém destacar que a Convenção não indica uma idade mínima a partir da qual a idade da criança deva ser levada em consideração. A opção por não fixação de parâmetros rígidos desponta como medida cautelosa e salutar.

Efetivamente, o desenvolvimento psicológico das crianças – como de qualquer pessoa – não segue padrões predeterminados, variando conforme seu ambiente familiar, suas experimentações escolares, a influência religiosa a que estejam sujeitas e inúmeros outros fatores. Dessa forma, a relevância da sua manifestação de vontade deve ser analisada de modo eminentemente casuístico.

Um dos pontos mais relevantes a ser considerado na análise da opinião da criança é se ela constitui sua autêntica manifestação de vontade ou se, por outro lado, configura o resultado da influência de uma das partes na controvérsia. Ademais, é certo que, em muitos casos, “as preocupações externadas pela criança são não mais do que as inquietações que ela normalmente expressa sobre poder ser retirada de determinado ambiente familiar” (BRODKIN; STANGATORE, 2011, p. 6, tradução nossa)³.

Assim, autoridades judiciais e administrativas, ao sopesar a objeção de retorno ou permanência apresentada pela criança, devem ponderar questões relativas, dentre outros aspectos a: 1) se a manifestação de vontade representa seu real desejo ou se, por outro lado, reflete o que é esperado dela pela

3 The concerns raised by the child are often no more than those doubts which a child would normally express about being uprooted.

família próxima ou ampliada; 2) que influência o genitor abductor exerceu sobre a criança de modo a conformar sua manifestação de vontade aos seus próprios interesses; 3) quais mudanças ocorreram no cotidiano da criança após sua saída de seu domicílio habitual, especialmente no que diz respeito ao ambiente escolar e pessoas adultas apresentadas pelo genitor abductor (amigos, familiares, novo companheiro(a)).

É certo que a influência sobre o posicionamento da criança pode não ser deliberada, decorrendo da natural tensão relativa à controvérsia posta a propósito de sua subtração ou retenção ilícita. São conhecidas dos profissionais do foro as reações de angústia e inquietação que dominam os juridicionados em geral, de modo que se afigura normal a existência, no lar onde habita a criança, de discussões e debates a respeito de que solução terá a demanda. Assim, inevitavelmente, a criança apreenderá, em maior ou menor intensidade, as perspectivas de uma das partes envolvidas na controvérsia.

A adequada valoração da objeção da criança exige, assim, a realização de trabalho multidisciplinar, integrado por profissionais com amplo conhecimento na temática da psicologia infantil e adolescente, além da coleta de informações relativas à vida pregressa familiar e ao comportamento dos pais antes e depois do sequestro ou retenção ilícita.

É preciso frisar que, por ocasião da terceira reunião da Comissão Especial para rever a operação da Convenção, ocorrida no período de 17 a 21 de março de 1997, na cidade de Haia, Holanda, um dos pontos questionados (precisamente o de nº 28) dizia respeito à ocorrência de casos de recusa de retorno de crianças, por algum dos estados membros, com base na sua objeção, nos termos aqui tratados. Embora não haja no referido relatório referências a eventuais casos concretos de recusas com base nesse fundamento, três relevantes considerações advieram a esse respeito: a) colocar uma criança de tenra idade em uma situação em que sua opinião será considerada relevante pode lhe criar uma situação insuportável do ponto de vista psicológico; b) segundo o direito interno sueco, crianças a partir dos 12 (doze) anos de idade devem ser ouvidas em procedimentos que digam respeito à sua guarda; c) alguns estados-partes consideraram que a Convenção atribuiu muito peso à opinião da criança, tendo em conta que estaria em questão, em última análise, apenas a atribuição da competência para decidir a respeito da controvérsia. Alguns representantes de países

signatários, todavia, advogaram que a opinião da criança deve ser considerada apenas quando as demais teses defensivas capituladas no art. 13 fossem invocadas, posto que tal manifestação poderia servir de prova para subsidiar as demais teses defensivas elencadas no referido artigo.

Ademais, por ocasião da mesma reunião, restou consignada importante conclusão com relação à distribuição do ônus da prova, nas hipóteses em que são invocadas as matérias dipostas no artigo em questão: o ônus de provar a existência de quaisquer das situações que autorizam a recusa de retorno competeria à parte que a alegasse, nos moldes clássicos da distribuição do ônus da prova no processo civil. Por outro lado, com relação ao genitor que alega ter sofrido violação em seus direitos de guarda, bastaria a demonstração perfunctória desse ilícito para que o sistema de proteção da Convenção incida.

Nesse sentido, decidiu a *Court of Appeal for Ontario* que o medo ou angústia da separação da genitora abduutora não deveria, no caso concreto, ser considerado como elemento suficiente para indeferir a ordem de retorno da criança ao país de origem, posto que provocado pela própria abduutora:

Em todo caso, a alegada nova prova não corrobora a alegação de abuso sofrido pela mãe. Trata-se essencialmente de repetição de receios da mãe e de uma tentativa de atender às exigências do juízo de instrução com relação à falta de intervenção profissional para tratar de crianças supostamente traumatizadas. Também se alega o temor das crianças de serem separadas da mãe, temor que ela própria produziu(...). Dessa forma, nego provimento ao recurso, devendo a parte ré/recorrente pagar as custas, fixadas no total de \$ 8.000,00. (CANADÁ, *Court of Appeal for Ontario*, 27/03/2006, *case number*: 9407. Justice J.M.Labrosse).⁴

Por outro lado, a atuação proativa de órgãos administrativos e judiciais

4 In any event, the proposed fresh evidence does not corroborate the mother's claim of abuse. It is essentially a repetition of the fears of the mother and an attempt to answer the concerns of the application judge as to the lack of professional intervention to treat the allegedly traumatized children. It also addresses the children's fear that they will be separated from the mother, a fear that the mother herself has produced(...). Accordingly, the appeals are dismissed with costs to the respondent, fixed in the total amount of \$ 8,000.

na coleta de elementos que permitam detectar eventual influência excessiva na manifestação da criança se coaduna com o disposto no art. 2º da Convenção de Haia, que insta os Estados-partes a adotar todas as medidas necessárias à implementação dos objetivos da Convenção, devendo utilizar os mais céleres procedimentos disponíveis.

Assim, a solicitação de diligências a órgãos como os Conselhos Tutelares ou a Polícia Federal (no exercício, nesse caso, de atividades administrativas) pode permitir a explicitação, com mais clareza não apenas da opinião da criança, mas também, identificar eventuais influências excessivas e perniciosas quanto à formação de sua vontade.

Do ponto de vista internacional, essa atuação tem forte correlação com a temática da criminalização ou não da subtração de crianças, tratada pela Convenção unicamente sob o ponto de vista civil. Isso ocorre porque, em diversos Estados, a atuação de forças policiais ou de segurança está condicionada à ocorrência efetiva ou potencial de um ilícito penal, de modo que a adoção de medidas como a busca ativa de uma criança ou o impedimento de seu embarque em aeronaves – vitais para impedir que uma abdução ganhe contornos internacionais – poderiam restar comprometidas, caso inexistente tipificação penal para tais fatos. Essa preocupação restou expressamente consignada na resposta ao quesito de nº 2 do relatório da terceira reunião da Comissão Especial acima citado.

4. CONCLUSÃO

Embora seja impossível exaurir o tema no âmbito deste trabalho, consideramos que é possível extrair algumas reflexões sobre o assunto.

Primeiramente, apesar de a jurisprudência majoritária a respeito do tema indicar que a manifestação de vontade da criança não teria caráter vinculante, podendo a autoridade administrativa ou judicial dela se afastar, entendemos que, uma vez atingidos idade e grau de maturidade suficiente por parte da criança, como requer a Convenção, a autoridade precisaria fundamentar expressamente a decisão em sentido divergente da vontade expressada pela criança, sob pena de afronta clara ao direito da criança de se fazer ouvir em procedimentos administrativos ou judiciais, bem como ao seu direito à informação sobre todas as questões que lhe sejam relevantes.

Sob o ponto de vista processual, demonstra-se preocupante, a nosso

ver, a existência de grande resistência às teses defensivas que embasariam a recusa de retorno da criança, traduzindo-se na falta de equidade na distribuição do ônus da prova para a solução de controvérsias desse tipo. Mais preocupante ainda é o posicionamento no sentido de que a objeção da criança que já alcançou idade e maturidade suficientes constituiria mero elemento de prova para a caracterização das hipóteses contidas nas alíneas “a” e “b” do art. 13 da Convenção.

Por fim, convém relembrar que o processo de construção dos direitos humanos tem conteúdo histórico por essência, variando ao sabor das necessidades, avanços e retrocessos humanos. Se por séculos a criança foi vista como objeto de direito, incapaz de se fazer ouvir pessoalmente, ou mesmo de ter sua vontade legitimamente transmitida por terceiro, inexistia espaço atualmente para uma visão pai-orientada e dominante, impondo-se conferir a ela o protagonismo que lhe cabe como sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5ª Edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª Edição. 19ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.423, de 14 de Abril de 2000**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso realizado em 30/05/2014.

BRODKIN; Phylis; STANGARONE, Michael: **Ascertaining the “Voice” of the Child in the International Context – The ‘Objection Exception’ under Article 13 of the Hague Convention**. <http://www.iaml.org/cms_media/files/voice_of_child_in_hague_cases.pdf>. 2011. Acesso realizado em 28/05/2014.

CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Sequestro Internacional de Crianças – Comentários à Convenção da Haia de 1980**. 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CANADÁ, Court of Appeal for Ontario, 27/03/2006, **Toiber vs. Toiber Case number: 9407**. Justice J.M.Labrosse). Disponível em <<http://caselaw.canada.globe24h.com/0/0/ontario/court-of-appeal-for-ontario/2006/03/27/toiber-v-toiber-2006-9407-on-ca.shtml>>. Acesso realizado em 30/05/2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for humankind: towards a new jus gentium – General Course on Public International Law**. Leiden/Boston: MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants**. 1997. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/abduc97e.pdf>>. Acesso realizado em 30/05/2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Novembro/1950. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>> . Acesso realizado em 20/08/2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos – uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. 1ª Edição. 1ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 1ª Edição (1988). 7ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Novembro/1989. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso realizado em 30/05/2014

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Novembro/1969. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/>>

TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922> . Acesso realizado em 20/08/2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Roberto Luiz. OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto (organizadores). **Manual de Direito Processual Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA E OS LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM BASE NO ART. 54, DA LEI N.º 9.784/99: POR UMA VISÃO COOPERATIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes

Procurador Federal. Ex-Analista Judiciário – Área Judiciária na Justiça Federal em Pernambuco (2013). Especialista em Direito Administrativo (2013). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – FDR/UFPE (2012). Pesquisador-bolsista vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq/UFPE (2008-2009) e à Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco – FACEPE (2009-2010). Bolsista pelo *Deutscher Akademischer Austauschdienst* – DAAD (2011).

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a análise dos limites à invalidação dos atos administrativos pela Administração Pública, com fundamento na Lei de Processo Administrativo (9.784/99), em seu art. 54, à luz de uma visão cooperativa de processo administrativo. Objetiva-se estudar o princípio do contraditório, entendido em termos abrangentes, como norma-princípio capaz de garantir o direito de influência na tomada de decisões pela Administração Pública. Ao final do artigo, será possível perceber que a compreensão mais moderna desse princípio resultou em significativas alterações na legislação pertinente ao tema, bem como tem sido utilizada pela jurisprudência como importante mecanismo capaz de viabilizar maior participação do particular na elaboração do ato administrativo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve histórico acerca dos modelos processuais: do processo isonômico ao processo cooperativo; 3. Princípio do contraditório, direito de influência e as consequências da adoção de um modelo cooperativo de processo; 4. Limites à invalidação dos atos administrativos à luz do princípio da segurança jurídica,

da boa-fé e da confiança legítima do particular; 5. Conclusão. Referências.

Palavras-chave: princípio do contraditório; direito de influência; invalidação dos atos administrativos; cooperação; processo administrativo.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), uma apreciação recorrente de casos envolvendo os limites à invalidação dos atos administrativos pela Administração Pública, mediante regular processo administrativo. As situações são variadas e tratam desde o cancelamento de aposentadorias, pensões e benefícios previdenciários pelo Tribunal de Contas da União (TCU), passando pela revisão de atos de ascensão funcional de empregados públicos e até mesmo a contratação de servidores sem a prévia realização de concurso.

Comum a todos eles é o decurso de significativo lapso temporal, de maneira que os Tribunais Superiores têm sido obrigados a analisar o princípio da autotutela, consagrado nas Súmulas n.º 473 e 346, do STF, com base na necessidade de se estabelecer um regime próprio aos atos jurídicos ampliativos, à luz do princípio da segurança jurídica e de uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Nesse sentido, é importante fazer referência aos recentes estudos que vêm sendo desenvolvidos pela doutrina processualista civil, especialmente no que se refere à aplicação do princípio do contraditório ao processo, em sua vertente cooperativa. Assim, considerando-se uma abordagem inovadora acerca do tema, parte-se do pressuposto de que o Direito Administrativo não pode se manter apartado dessas discussões, fundamentais para lidar com situações de conflito envolvendo a invalidação de atos administrativos, com fundamento no art. 54, da Lei n.º 9.784/99, dos quais decorram direitos subjetivos dos particulares.

Por conseguinte, neste artigo realizou-se uma análise qualitativa de 11 (onze) acórdãos extraídos do sítio eletrônico do STF, privilegiando-se as decisões mais recentes e os *leading cases* relacionados ao tema. O inteiro teor dos julgados estudados foi confrontado com o modelo cooperativo de

processo administrativo, mediante o enfoque da mais atual compreensão acerca do princípio do contraditório.

Assim, em um primeiro momento, será feito um breve histórico acerca dos modelos processuais, com o fim de demonstrar a necessidade de adoção de um verdadeiro processo cooperativo. Após isso, analisar-se-á o princípio do contraditório como norma-princípio assecuratória do direito de influência nas decisões tomadas pela Administração Pública, com a devida indicação das consequências da adoção de um modelo cooperativo de processo no âmbito da legislação que rege o processo administrativo federal (Lei n.º 9.784/99), para, ao final, abordar como o STF vem tratando do tema, atualmente.

Busca-se examinar, portanto, quais são os limites à anulação dos atos administrativos à luz de um modelo cooperativo de processo administrativo, bem como a maneira pela qual o STF vem interpretando o tema, levando-se em consideração o papel de destaque que o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil tem adquirido com a progressiva estruturação do direito brasileiro no âmbito de um Estado Constitucional de Direito. Com isso, visa-se a oferecer ao Direito Administrativo novos elementos para uma aplicação adequada do contraditório como direito de influência na formação do ato administrativo.

2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DOS MODELOS PROCESSUAIS: DO PROCESSO ISONÔMICO AO PROCESSO COOPERATIVO

De maneira geral, é importante salientar, inicialmente, que a estrutura por meio da qual se organiza o processo – isto é, seu “formalismo”¹ – é mutável historicamente e está ligada de modo muito próximo à organização política de determinada sociedade, bem como à teoria do direito respon-

1 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 18 e ss.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa**, v. 44, 2003. Vale destacar que a expressão “formalismo” será utilizada, no presente trabalho, no sentido a que se refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ou seja, como algo que abrange “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. Nesse sentido, vale conferir, do referido autor, a obra **Do formalismo no processo civil**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 6-7.

sável por oferecer respostas aos problemas jurídicos da comunidade. Nesse sentido, muito embora o processo contenha inegavelmente uma estruturação técnica², não é possível desprezar o aspecto cultural que norteia o seu formalismo.

Por conseguinte, pode-se destacar que o primeiro modelo de processo, o isonômico, caracteriza-se, em termos sociais, pela indistinção entre indivíduo, sociedade civil e Estado, de maneira que o juiz é localizado em plano de igualdade em relação às partes.³ É típico da experiência política grega e ítalo-medieval, onde, em termos políticos, era desconhecido o termo “hierarquia”. Assim, a atividade do juiz era limitada pela significativa disponibilidade que as partes tinham no que tange à *res in iudicium deducta* e à escolha do rito processual que entendessem mais adequado, não havendo que se falar em iniciativa judicial na formação da prova.⁴ Destaque-se, portanto, que, nesse modelo processual, assumia fundamental relevância o diálogo entre as partes.

Em seguida, começa a se desenhar o modelo processual assimétrico, típico do Estado Moderno, quando ocorreu a verticalização das relações existentes entre governantes e governados, passando o juiz a ser um “sujeito superpartes”⁵, situado acima dos litigantes e dotado de poderes incrementados pela consequente diminuição do papel desempenhado pelas partes na condução do processo. O direito a ser aplicado, nesse caso, é aquele do qual o Estado se apropriou, reclamando o seu monopólio.⁶ É nesse momento que surge a tradicional relação jurídica triangular do processo, com o juiz em seu vértice, visto que, de maneira geral, o processo se estruturava de maneira inquisitória, conduzido pelo Estado-juiz de modo autoritário, visto ser ele considerado o intérprete da *voluntas principis*.⁷

De seu turno, o processo cooperativo é o modelo processual típico do Estado Constitucional, norteado por uma racionalidade prática cujo principal objetivo é o de alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, “pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. 1, p. 58.

3 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 19.

4 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 74.

5 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

6 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 77.

7 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 78.

promoção dos direitos fundamentais”⁸ Isto porque, tal como destaca José Joaquim Gomes Canotilho⁹, as duas grandes virtudes do modelo constitucional de Estado são a submissão ao direito¹⁰ e a participação social na sua gestão. Tudo isso, naturalmente, termina refletindo na posição ocupada pelo julgador no processo, tendo em vista que o juiz deverá ser isonômico na condução do processo e assimétrico na tomada de decisões; assume, portanto, uma dupla posição, sendo paritário no diálogo e assimétrico na decisão (visto ser esta uma manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional).¹¹

Não é difícil constatar, nestes termos, que o modelo processual cooperativo conferiu um verdadeiro redimensionamento do princípio do contraditório, de maneira que o órgão jurisdicional passou a ser incluído não mais como um espectador inerte do duelo das partes, mas como um sujeito do diálogo processual.¹² O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento e à legitimidade do ato de decidir, visto que se deve promover amplo debate acerca das questões postas em juízo, evidenciando-se, assim, que a participação é a base constitucional para a colaboração no processo¹³, o que possibilita decisões mais justas e consentâneas com a realidade. Ademais, é imprescindível, no modelo processual cooperativo, que todos os participantes do processo ajam lealmente em juízo, primando pela litigância de boa-fé, a fim de evitar que sejam frustradas expectativas legítimas surgidas nos particulares.¹⁴

8 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 20.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 84-85.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 8 e ss.

11 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 81.

12 DIDIER JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 46 e ss.; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 88 e ss.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa**, v. 44, 2003; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

13 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 85.

14 MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 108; DIDIER JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 79 e ss.

Assim, é imprescindível analisar de maneira mais detida o redimensionamento conceitual pelo qual passou o princípio do contraditório, funcionando como meio de influência na construção do ato decisório, mediante a participação dos sujeitos envolvidos na relação processual. Além disso, deve-se destacar alguns dispositivos constantes na Lei n.º 9.784/99 que consagram o espírito cooperativo que deve nortear o processo administrativo, consequência da ideia de que o contraditório consiste no direito de influenciar, efetivamente, a tomada de decisão.

3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, DIREITO DE INFLUÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DE UM MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Durante muito tempo, prevaleceu a ideia de que o princípio do contraditório, com previsão constitucional no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), se trataria de uma garantia individual, pertencente exclusivamente às partes.¹⁵ No entanto, atualmente tem ganhado força o entendimento de que o conceito de contraditório adquiriu limites mais extensos, de maneira a englobar o dever de cooperação entre as partes e entre estas e o juiz, que passa a assumir postura ativa na condução do processo.¹⁶

Passa-se, assim, de um conceito mais restritivo para outro que compreende a garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influência no convencimento do julgador. Ou, em outras palavras, pode ser definido como o direito de influenciar o exercício do poder estatal, exprimido mediante a atividade decisória.¹⁷ Isto porque, no âmbito de um Estado Democrático de Direito (*Rechtsstaat*), o exercício do poder do Estado não pode ser arbitrário ou ter

15 CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, n.º 2, 2005, p. 450; no mesmo sentido, vide CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: **Direito Constitucional: Os Desafios Contemporâneos – Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas**. ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. (coords.). Curitiba: Juruá, 2012.

16 CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 450.

17 MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n.º 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2003, pp. 1-2.

como referencial apenas a legalidade estrita¹⁸, tendo em vista que sua legitimidade deriva do próprio procedimento participativo.¹⁹

Por isso é que se entende que as partes em um processo não podem ser surpreendidas pelo chamado “julgamento surpresa”, razão pela qual toda questão submetida à apreciação do julgador deve antes passar pelo contraditório, a fim de viabilizar que as partes possam influenciar na decisão final. E esse aspecto se torna ainda mais importante quando já decorrido significativo lapso temporal entre a prática do ato e a sua revisão pela Administração Pública, tendo em vista a legítima confiança gerada no particular no sentido da manutenção do ato no ordenamento jurídico.²⁰

Então, em sua compreensão contemporânea, quer significar esse princípio que ninguém poderá ter sua esfera jurídica atingida por uma decisão (judicial ou administrativa) sem que antes tenha a possibilidade de influir na sua formação.²¹ Note-se, portanto, que, de acordo com a doutrina de Leonardo Carneiro da Cunha²²:

O contraditório tem uma dimensão maior, consistente na garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 8 e ss.

19 MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 22 de julho de 2013.

20 COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2013.

21 MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2003, p. 6.

22 CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: **Direito Constitucional: Os Desafios Contemporâneos – Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas**. ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. (coords.). Curitiba: Juruá, 2012.

igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito.

Nesse ponto, deve ser feita uma necessária diferenciação entre os termos “influência” e “poder”. É que muito embora sejam comumente tratados como sinônimos, é possível distingui-los conceitualmente no sentido de que a influência representa uma intenção de penetrar na personalidade do indivíduo, em seu psiquismo, ao passo que o poder age de forma direta e imediata sobre a pessoa, impondo-se desde o âmbito externo, como a expressão mais notável do poder estatal que é a decisão.²³

Pode-se, desse modo, frisar que a influência é uma modalidade mais ampla e moderada de poder, “uma interação comunicativa através do convencimento ou da persuasão”.²⁴ Ora, se o processo é um dos âmbitos nos quais o Estado produz decisões vinculantes, é possível afirmar que os sujeitos do processo, com as suas manifestações no curso da instrução, exercitam uma profunda influência sobre o exercício do poder estatal. Nesse sentido é que se mostra imprescindível que se oportunize às partes o exercício do contraditório em toda sua plenitude, como expressão mais elevada da democracia participativa no processo.²⁵

Para tanto, a doutrina elenca alguns deveres anexos à cláusula geral do contraditório, responsáveis por concretizá-lo na prática. O primeiro deles é o *dever de cooperação*, segundo o qual se impõe uma atuação colaborativa ética das partes e seus advogados, privilegiando a dialética, o debate em juízo.²⁶ Além disso, destaque-se, ainda, os *deveres de prevenção e auxílio*, que tornam efetivo o conteúdo fundamental do contraditório no sentido de que não é suficiente que a parte apenas seja informada dos atos do processo, mas que tenha a efetiva possibilidade de reagir a eles, influenciando

23 CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, nº 2, 2005, pp. 454-455.

24 No original: “un’interazione comunicativa attraverso la convinzione o la persuasione”. Vide, nesse sentido, CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 455.

25 CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 456; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 268; CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001, p. 35; MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2003, p. 2.

26 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Op. cit.*, p. 274.

no conteúdo da decisão. Por fim, vale a menção ao *dever de esclarecimento*, que consiste na imperiosidade de o julgador levar em consideração as manifestações e provas produzidas pelas partes, e o *dever de consulta*, que aproxima ainda mais o juiz do debate processual, evitando a via da “decisão surpresa”.²⁷

Nestes termos, é importante ressaltar que a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n.º 9.784/99) não se mostrou apartada dessa nova compreensão do princípio do contraditório como direito de influenciar na formação do ato decisório (administrativo). É possível fazer menção a alguns importantes dispositivos da referida lei, que consagram deveres anexos à cláusula geral do contraditório, com vistas a concretizá-lo no processo de elaboração do ato administrativo.²⁸

O primeiro artigo no qual se constata um reflexo do princípio do contraditório é o art. 6º, p. ún.²⁹, que dispõe ser vedado à Administração recusar imotivadamente o recebimento de documentos, cabendo ao servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de possíveis falhas. Desde já, fica evidenciado o dever de auxílio da Administração em relação às partes, de maneira que estas deverão ser orientadas a fim de que consigam alcançar o direito buscado por meio do processo.

Além disso, cumpre salientar a previsão do art. 41.³⁰ Segundo esse artigo, que representa claramente uma manifestação do princípio do contraditório como direito de influência, os interessados deverão ser intimados acerca do dia, do local e da hora da produção da prova ou da diligência ou ordenada. Com isso, objetiva-se permitir que as partes se pronunciem

27 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Op. cit.*, p. 282.

28 Além dos dispositivos que serão analisados, vale destacar que também os arts. 2º, *caput*, 3º, III e IV, 28, 38 e 44, recebem nítida influência da importância conferida à concepção abrangente do princípio do contraditório adotada pela Lei nº 9.784/99. Sobre o assunto, vale consultar MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2003, pp. 7-8.

29 Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:
(...)

Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

30 Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

acerca do acervo probatório (e que tenham seus argumentos efetivamente apreciados), visando a influenciar o ato decisório final do processo administrativo, materializado no ato administrativo.

Cite-se, ademais, a previsão contida no art. 63, II e §1º³¹, conforme a qual o recurso interposto perante órgão incompetente não poderá ser indeferido de plano, devendo ser indicada ao recorrente a autoridade competente, com a respectiva devolução do prazo recursal. Dessa forma, pode-se perceber que o objetivo do legislador ordinário foi o de viabilizar a consecução de uma “Administração cooperativa”, afastando-se da tradição autoritária do Direito Administrativo, que enfatizava antes as prerrogativas excepcionais do Poder Público do que as garantias do particular e os deveres jurídicos da Administração.³²

Por fim, outro dispositivo que merece menção é o art. 64, p. ún.³³, no qual também se consagra o princípio do contraditório em seu conceito mais amplo, atual, indicando que o recorrente deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão nos casos em que o julgamento do recurso possa acarretar um gravame a sua situação. Mais uma vez, percebe-se que a Lei n.º 9.784/99 externou grande preocupação com uma mudança de paradigmas na Administração Pública brasileira, privilegiando o princípio da cooperação e os deveres anexos decorrentes da cláusula geral do contraditório. Inclusive, vale a menção no sentido de que essa previsão legal buscou inspiração na Lei de Processo Administrativo alemã (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), onde consta um artigo que contém semel-

31 Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

(...)

II - perante órgão incompetente;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso II, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso.

32 MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 22 de julho de 2013.

33 Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

hante conteúdo, conforme se vê a seguir:

§28 Oitiva das partes

(1) Antes de se publicar um ato administrativo que interfira nos direitos de uma das partes, deve-se conferir-lhe a possibilidade de manifestar-se acerca de fatos relevantes para a decisão.³⁴

Contudo, é interessante notar que, muito embora a Lei n.º 9.784/99 contenha inúmeros dispositivos que consagram o modelo cooperativo de processo, o que tem ocorrido é o oposto. É comum, nesse sentido, que cheguem aos Tribunais Superiores processos em que, após um longo período de tempo, quando já verificada a confiança legítima do particular no sentido da manutenção do ato administrativo, a Administração Pública simplesmente proceda ao cancelamento ou à revisão de aposentadorias, pensões e benefícios previdenciários sem que se tenha dado à parte a oportunidade de se manifestar previamente, exercendo o seu direito de contraditório, com vistas a influir na modificação do ato administrativo. Por conseguinte, deve-se analisar quais são os limites à anulação dos atos administrativos e a partir de que momento a segurança jurídica deve prevalecer em face da autotutela administrativa.

4. LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DO PARTICULAR

Adotando-se o entendimento sustentado por José dos Santos Carvalho Filho³⁵ e Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶, é possível conceituar invalidação como sendo a forma de desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.³⁷ Isto porque, a fim de que produza seus regulares efeitos, o ato administrativo precisa observar os seus requisitos de validade (com-

34 Traduzido livremente de: “§28 Anhörung Beteiligter

(1) Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.“

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 154.

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 438 e ss.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 236.

petência, finalidade, forma, motivo e objeto), sem os quais ele não alcançará a eficácia almejada pelo administrador.³⁸

Nesse sentido, sabe-se que a Administração, no exercício da autotutela, não somente pode, mas também deve invalidar os seus próprios atos, com fundamento no que dispõe o princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da CRFB/88. Trata-se, inclusive, de um ato de defesa da ordem legal constituída, reconhecido pelo STF nas Súmulas n.º 346 e 473.

A doutrina tradicional sempre entendeu, portanto, que, uma vez constatado o vício de ilegalidade, deveria o administrador proceder à sua imediata invalidação, jungido que está ao princípio da legalidade, que rege toda a atividade administrativa. No entanto, já há autores³⁹ que reconhecem que o poder de autotutela não deve ser encarado de maneira absoluta, uma vez que, tal como corretamente destaca Paulo Modesto⁴⁰:

A legalidade não se compreende dissociada dos valores substanciais integrados no ordenamento jurídico, nem tampouco destacada da sua função própria e histórica de contenção do arbítrio. Manipulada isoladamente, desviada de sua finalidade instrumental, contrasta com a própria segurança jurídica, princípio voltado à proteção da confiança e da boa fé e à garantia da previsibilidade objetiva das situações jurídicas.

Além disso, tal como bem destacado por Humberto Ávila, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não deve ser encarado com base em uma “relação abstrata de prevalência absoluta”, mas como uma “relação concreta de prevalência relativa”, a ser analisada conforme as circunstâncias do caso e cujos efeitos somente podem ser desencadeados se forem verificadas condições de prevalência do princípio envolvido.⁴¹

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 154.

39 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 159; MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 457; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 236.

40 MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 22 de julho de 2013.

41 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

O mencionado autor destaca, ainda, que, entendido em termos absolutos, imponderáveis, o princípio da supremacia do interesse público limita significativamente a necessidade⁴², um dos elementos integrantes da proporcionalidade, tendo em vista que “estabelece um fim utópico inconciliável com a fundamentada relação meio-fim e com o dever de explicitação das premissas da argumentação jurídica”.⁴³

Prossegue, adiante, afirmando que:

(...) A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal. Dessa garantia em favor da vida e dos direitos privados resulta (...) um ônus de argumentação (“Argumentationslast”) em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional.⁴⁴

Destarte, em casos de invalidação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato, é imprescindível que se confira aos interessados o direito ao contraditório, para que possam efetivamente exercer o seu direito de influência em face do julgador. Isto porque, conforme destaca Bandeira de Mello, “não se an-

42 Tal como se observa em ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 192-193, o “exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados” (grifos no original).

43 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

44 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

ula ato algum *de costas para o cidadão, à revelia dele*, simplesmente declarando que o que fora administrativamente decidido (ou concertado pelas partes) passa a ser de outro modo, sem ouvida do que o interessado tenha a alegar na defesa de seu direito”.⁴⁵

Não obstante, é importante que se diga que não é qualquer situação que gerará confiança no administrado. Conforme bem destaca o doutrinador português Pedro Moniz Lopes⁴⁶, em tese doutoral sobre o tema:

Numa primeira apreciação simplista, pode afirmar-se que a conduta administrativa criadora de confiança se traduz num comportamento, comissivo ou omissivo, realizado no exercício da função administrativa, que contenha, expressa ou tacitamente, um efeito percebido pelo seu destinatário como mais ou menos indiciador (i) da manutenção dos efeitos da conduta precedente (*Kontinuitätsvertrauen*) ou (ii) da realização de uma conduta activa ou omissão futura.

Assim, em primeiro lugar, é necessário observar que a conduta criadora de confiança se reporta a um comportamento da Administração que é precedente em relação a outro. Além disso, essa conduta implica uma expectativa futura indeterminada, que tanto poderá concretizar-se mediante a manutenção de determinado *status quo*, quanto por meio da realização de uma conduta subsequente.⁴⁷ Desse modo, entende o doutrinador português que o decurso do tempo é, por si só, um fato jurídico com relevância meramente instrumental, de maneira que somente será relevante na medida em que vá criando a própria situação de confiança no particular.⁴⁸

Ademais, para que a situação geradora de confiança possa vir a ser tutelada pelo ordenamento jurídico não interessa saber se o sujeito fundou expectativas numa determinada conduta em termos meramente individuais-psicológicos⁴⁹; importa saber se a situação em que o sujeito se encontrava justificava, abstratamente, que se pudesse confiar na situação, razão pela

45 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 457.

46 LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes**. Lisboa: Almedina, 2011, p. 258.

47 LOPES, Pedro Moniz. *Op. cit.* pp. 258-259.

48 LOPES, Pedro Moniz. *Op. cit.*, p. 262.

49 LOPES, Pedro Moniz. *Op. cit.*, p. 272.

qual se fala em “razoabilidade da conduta criadora de confiança”.⁵⁰ É que, tal como destaca Menezes Cordeiro, “(...) para o jurídico interessa, (sic) o dado social, o comportamento externo relevante e não o estado interior das pessoas”.⁵¹

Por tudo quanto exposto, viu-se que, constatada uma situação que merece a tutela da confiança, diante da possibilidade de revisão ou cancelamento do ato administrativo que lhe confere substrato jurídico, é imprescindível que se oportunize ao particular a possibilidade de exercer o seu direito ao contraditório, com vistas a garantir que influencie na tomada de decisão que resultará em um novo ato administrativo. O tema já teve até mesmo sua Repercussão Geral reconhecida no STF, em 23/06/2011, como se vê no RE 636553 RG/RS⁵², matéria que ainda se encontra pendente de apreciação de mérito.

Nestes termos, vale analisar três casos extraídos da jurisprudência do STF, com o intuito de examinar como a Suprema Corte brasileira vem interpretando a abrangência do contraditório como direito de influência, verdadeiro limite à invalidação dos atos administrativos pela Administração Pública. O primeiro dos casos selecionados foi apreciado pelo Pleno do STF no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG⁵³, em 05/02/2004, cuja ementa colaciona-se a seguir:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. **Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no**

50 LOPES, Pedro Moniz. *Op. cit.*, p. 272.

51 CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 511.

52 EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de 5 anos, previsto na Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida. (RE 636553 RG/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2011)

53 Tratando do mesmo caso, é possível elencar, também no STF, os seguintes precedentes, entre outros: MS 24781/DF, julgado em 02/03/2011; MS 25403/DF, julgado em 15/09/2010; AI 627146 AgR/RS; RE 486886 AgR/RN, julgado em 31/08/2010; RE 488443 AgR/RJ; RE 425406 AgR/RN.

processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. **6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.** 7. Aplicação do princípio da **segurança jurídica**, enquanto subprincípio do Estado de Direito. **Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente.** Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. **Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.** 9. **Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.** Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (MS 24268/MG, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno do STF, julgado em 05/02/2004) (grifos nossos)

No precedente invocado, a rel. Min. Ellen Gracie pronunciou-se pela denegação do mandado de segurança, tomando por base antigo entendimento da Corte no sentido de que seria “dispensável o contraditório na fase administrativa, eis que a questão é exclusivamente de direito”.⁵⁴ Além disso, trouxe no seu voto precedente do STF no sentido de que não ofenderia “o art. 5º, LV, da CF, o ato da autoridade que, sem procedimento administrativo – e portanto sem dar ao interessado oportunidade de se manifestar – retifica ato de sua aposentação para excluir vantagens atribuídas em desconformidade com a lei”.

Contudo, o Min. Gilmar Mendes, após pedido de vista, manifestou-se em voto-vista no sentido de que a CRFB/88 ampliou a abrangência do conceito

de direito de defesa, de maneira a assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Destaca, ainda, o Ministro⁵⁵:

(...) que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação do processo. (...) no direito alemão, assinala o *Bunderverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.”

Continuou observando que o fato de a cassação da pensão ter ocorrido depois de 18 anos de sua concessão (20 anos, ao tempo do julgamento pelo STF) também deve ser levado em consideração, de maneira a afastar a incidência do art. 54, da Lei nº 9.784/99, com base na segurança jurídica. Assim, manifestou-se pela concessão do mandado de segurança, a fim de determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo de cassação da pensão, no que foi seguido pelos Mins. Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Nelson Jobim, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa e Marco Aurélio.

É possível notar, nesse sentido, que a jurisprudência do STF passou a se inclinar a essa nova concepção do contraditório como direito de influência a partir desse julgado, muito embora já existisse precedente isolado da relatoria do Min. Marco Aurélio, o RE 158543/RS, julgado em 30/08/1994.

Outra situação que merece destaque se refere à possibilidade de revisão de atos de ascensão funcional de empregados públicos. O caso foi analisado quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 26.393/DF⁵⁶, em 29/10/2009, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS EMPREGADOS DA ECT. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVER A LEGALIDADE DAS ASCENSÕES. NECESSIDADE DE AS PARTES ATIN-

55 Às fls. 169.

56 No mesmo sentido, vide o MS 26628/DF, julgado em 17/12/2007.

GIDAS PELO ATO COATOR INTEGRAREM A LIDE. 1. Decadência do direito de a Administração Pública rever a legalidade dos atos de ascensão funcional dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, praticados entre 1993 e 1995 (Art. 54 da Lei n. 9.784/1999). **2. Direito ao contraditório e à ampla defesa a ser garantido aos beneficiários de atos administrativos inerentes à sua condição funcional para a validade de decisões do Tribunal de Contas da União que importem em sua anulação ou revogação.** Súmula Vinculante n. 3. Precedentes. 3. Mandado de segurança concedido. (MS 26393/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno do STF, julgado em 29/10/2009)

Nesse caso, os impetrantes buscavam suspender, pela via do mandado de segurança, os efeitos de decisões proferidas em processo administrativo que determinaram sua reversão aos cargos anteriormente ocupados, mediante a anulação de atos de ascensão funcional. Isto porque as referidas decisões teriam afrontado os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, uma vez que lhes não teria sido oportunizada a defesa da legalidade dos atos de ascensão funcional, considerando-se, também, o fato de que os atos questionados já haviam sido praticados há mais de 12 anos.

Apreciando a questão, a relatora Min. Cármen Lúcia entendeu ser “incontroverso que a antijuridicidade daqueles atos somente veio a ser declarada em 11.2.2004 (...), quando já transcorrido mais de uma década da prática dos atos de ascensão funcional”, razão pela qual reconheceu que o lapso temporal entre a prática dos atos de ascensão e a decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) superou, em muito, o prazo estabelecido no art. 54, da Lei n.º 9.784/99, consumando-se a decadência do direito de a Administração revê-los.

Além disso, citando o primeiro caso objeto de análise no presente trabalho, reconheceu que o exercício pleno do contraditório como direito de influência não poderia se limitar à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, implicando, também, a possibilidade de ser ouvido e ter seus argumentos em matéria jurídica levados em consideração no momento da tomada de decisão. Portanto, concluiu que “não remanescem dúvidas de que a decisão (...) importou em grave prejuízo aos interesses dos Impetrantes, os quais deveriam, por isso

mesmo, ter sido convocados para exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa”.⁵⁷

Por fim, o último caso extraído da jurisprudência do STF que merece destaque é recente e trata da contratação de servidores sem a prévia realização de concurso. A questão foi debatida no âmbito do julgamento do Segundo Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.469/DF, em 19/02/2013, cuja ementa se segue:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA. 1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88). **2. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CRFB/88, quando da contratação de servidores.** Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, DJe.- 18/06/2012. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode

57 Às fls. 144.

ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, **está em discussão tese relacionada à contratação dos impetrantes, ocorrida há mais de 10 (dez) anos, e a alegação de desrespeito ao processo de seleção e às regras constitucionais aplicáveis (art. 37, II, CRFB/88), fatos que tornam imperativa a análise mais apurada do mandado de segurança**, sobretudo em decorrência do **princípio da proteção da confiança legítima**. 5. **Agravo regimental provido apenas para possibilitar um melhor exame do mandado de segurança e facultar às partes a oportunidade de sustentação oral.** (MS 28469 AgR-segundo/DF, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STF, julgado em 19/02/2013)

No caso em tela, discute-se a possibilidade de rescisão de contrato de trabalho firmado por conselho de fiscalização profissional, cuja contratação já havia ocorrido há mais de 10 anos, sem a necessidade de se conceder às partes prejudicadas a oportunidade de exercer o seu direito de contraditório, em face da exigência constitucional de realização de concurso público, na forma do que dispõe o art. 37, II, da CRFB/88, o que tornaria os referidos contratos nulos de pleno direito.

Muito embora o relator Min. Dias Toffoli tenha se manifestado no sentido do não provimento do Agravo Regimental, mantendo em todos os termos sua decisão monocrática que negava seguimento ao mandado de segurança, o Min. Luiz Fux, em divergência, entendeu que, em face do grande lapso temporal entre a contratação sem concurso e o ato do TCU determinando a anulação, seria mais prudente dar provimento ao recurso, a fim de analisar com mais cuidado o mérito do mandado de segurança, com base no princípio da confiança legítima. Nestes termos, determinou o processamento do *writ* constitucional, facultando às partes a oportunidade de sustentação oral para, desse modo, exercer plenamente o seu direito ao contraditório, influenciando no convencimento do julgador.

5. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é necessário observar que, tradicionalmente, o contraditório sempre foi visto pela doutrina tradicional como uma garantia das partes, de características eminentemente privadas. Nesse sentido,

o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade, sem que fosse conferida às partes a oportunidade de se manifestarem em relação a ele, apenas representava um dever legal imposto ao administrador, atrelado que está ao princípio da legalidade, ponto central de toda a atividade administrativa.

Nesse sentido, sabe-se que a prática administrativa, no exercício da autotutela, vinha sendo a de simplesmente invalidar os seus próprios atos, uma vez constatada qualquer ilegalidade, com fundamento no que dispõe o mencionado princípio da legalidade e na possibilidade reconhecida pela jurisprudência do STF, nas Súmulas n.º 346 e 473.

É possível destacar, contudo, que o princípio do contraditório teve seu alcance ampliado, já que atualmente se entende que o seu exercício pleno abrange não somente a garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas também a possibilidade de ser ouvido em matéria jurídica, com vistas a que se assegure o direito de o particular efetivamente influenciar na formação do ato administrativo final que possa interferir em sua esfera jurídica.

Por esse motivo é que a jurisprudência da Suprema Corte brasileira tem reconhecido, de maneira frequente, que é imprescindível que se oportunize às partes prejudicadas pela invalidação do ato administrativo a possibilidade de influir no convencimento do julgador, mediante o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurados. Isto porque, conforme se viu, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé do particular e da tutela da confiança legítima tendem a prevalecer, diante de casos concretos em que decorrido extenso lapso temporal, em face do princípio da supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Basistexte. Öffentliches Recht**. 12. Auflage. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2010.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, nº 2, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: **Direito Constitucional: Os Desafios Contemporâneos – Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas**. ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. (coords.). Curitiba: Juruá, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Lisboa: Coimbra Editora, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. 1.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes**. Lisboa: Almedina, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 22 de julho de 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa**, v. 44, 2003.

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Minion Pro, corpo 12 e 18, sendo a tiragem de
330 exemplares,
capa impressa em Cartão Supremo 250 gr/m² e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m².

Produzido no Parque Gráfico da
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,
em outubro de 2013.

Fone: (81) 3183.2700 - Fax: (81) 3183.2747

E-mail: orcamento@cepe.com.br
