



ISBN 978-85-62879-00-5

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

TÓPICOS EM DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

**Edilson Baltazar Barreira Júnior
Flávio José Moreira Gonçalves
(Organizadores)**

**Adna Landim Facundo
Adriana Paula Damasceno Feitosa
Ana Virgínia da Silva
Bruna Valões de Oliveira
Caio Lima Barroso
Francisco Arlindo Campos de Araújo
Igor Diniz Gondim
Luiz Carlos Saraiva Guerra
Marc-Philippe de Abreu Arcieniegas
Marise Fortaleza Fontes Amorim
Rosilda Facundo Lima
Suely Pinheiro Falcão Dias
Valéria de Freitas Rebouças França
Vláucia Sandra Rocha da Silva
(Co-autores)**

Coletânea de Artigos Conclusivos dos Cursos de
Especialização da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC

Fortaleza, julho de 2009

Pede-se que acusem o recebimento desta obra

Rogamus ut acceptionem nunties

Se ruego acusar recibo dei presente

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente

On prie de vouloir bien accuser reception de cette revue

Please acknowledge receipt

Bitte, den Empfang dieser Zeitschrift zu bescheinigen

Oni peats konfirmi la ricevon

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS - CRB-3/775

Coletânea de Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Especialização em Direito Constitucional e Administração Judiciária - ESMEC (Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará) - Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Parque Gráfico, 2009. 376 p.: 21cm.

Organizadores: Edilson Baltazar Barreira Júnior
Flávio José Moreira Gonçalves
Revisor: José de Anchieta Silveira

ISBN 978-85-62879-00-5

Trabalhos aprovados e aceitos como requisito parcial para obtenção do certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*, nível de especialização. ESMEC (Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará). Agosto de 2009.

1. Poder Judiciário - Administração Judiciária. 2. Direito Constitucional.

CDU 347.97/.99

Permuta

Solicita-se permuta / *Exchange requested / On prie e'échange/ We request exchange/ On demande l'échange/Wir erbitten Austausch/ Se solicita canje/ Si chiede lo scambio/ Se pide intercambio*

Endereço para permuta:

Biblioteca da ESMEC

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3492-9100 ou (85) 3492-9114/9128

E-mail: esmectj@gmail.com

Correspondências:

Secretaria da ESMEC

Organizadores da Coletânea de Trabalhos de Conclusão dos Cursos de
Especialização em Direito Constitucional e Administração Judiciária
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3492-9100 ou (85) 3492-9114/9128

E-mail: esmectj@gmail.com

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

A Coletânea Tópicos em Direito Constitucional e Administração Judiciária possui tiragem de 600 exemplares impressos, sendo distribuída, gratuitamente, aos alunos e professores da ESMEC e às bibliotecas e instituições das principais universidades, escolas de magistratura e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

E-mail: esmectj@gmail.com

<http://www.tjce.jus.br/esmec>

© TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra
Tel. (0XX85) 3492-9100/9128 E-mail: esmectj@gmail.com
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz
CEP 60811-670 Fortaleza-CE

DIREÇÃO

Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

COORDENAÇÃO

Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda

CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA ESMEC

Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (Presidente)
Juiz Durval Aires Filho
Juiz Mário Parente Teófilo Neto
Juiz Paulo Camelo Timbó
Juiz Washington Luis Bezerra de Araújo
Servidor Flávio José Moreira Gonçalves

COORDENAÇÃO ACADÊMICA DOS CURSOS DE ESPECIALIZAÇÃO

Edilson Baltazar Barreira Júnior

Possui Bacharelado (1989) e Licenciatura Plena (1997) em Teologia pelo Seminário Batista do Cariri, Licenciatura Plena (1996) e Bacharelado (1997) em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará, Licenciatura Plena (1997) e Bacharelado (1999) em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Ceará, Especialização em Metodologia da Compreensão Existencial (1992) e Especialização em Sociologia (1999) pela Universidade Federal do Ceará, Especialização em Gestão Pública (1999) pela Universidade Estadual do Ceará, Mestrado (2002) e Doutorado (2007) em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Atualmente, é Analista Judiciário Adjunto, Diretor da Divisão de Recrutamento e Desenvolvimento de Pessoal e Professor na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, exercendo a função de Coordenador do Curso de Especialização em Administração Judiciária.

Flávio José Moreira Gonçalves

Possui Bacharelado em Direito (1994) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) em 1998 e Mestrado em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) em 2009. Atualmente, é Professor Assistente da Universidade Federal do Ceará (UFC), Professor Assistente da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Analista Judiciário Adjunto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, tendo lecionado como professor convidado nos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público (ESMP) e Escola Superior da Magistratura (ESMEC), instituição na qual exerce a função de Assessor Pedagógico, atuando Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Constitucional, Membro do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) e do Conselho Editorial da Revista THEMIS.

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores

Tiragem: 600 exemplares

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ****Presidente**

Des. Ernani Barreira Porto

Vice-Presidente

Des. José Arísio Lopes da Costa

Corregedor Geral da Justiça

Des. João Byron de Figueirêdo Frota

TRIBUNAL PLENO

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Rômulo Moreira de Deus

Desa. Gizela Nunes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. Ademar Mendes Bezerra

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

Desa. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário Dos Martins Coelho

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macêdo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Des. Francisco Sales Neto

Des. Raul Araújo Filho

Desa. Maria Estela Aragão Brilhante

Des. Francisco Gurgel Holanda

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Des. Francisco Pedrosa Teixeira

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Dr. Raimundo Hélio Leite - Secretário Geral

**RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

Diretor Atual: Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Ex-Diretores:

Des. João Byron de Figueirêdo Frota (2008-2009)
Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenadora Atual:

Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda

Ex- Coordenadores:

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo (2007-2008)
Juiz Haroldo Correia Máximo (2007)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEIOS ALTERNATIVOS.....19

Vláucia Sandra Rocha da Silva

*Técnico Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Especialização em Administração Judiciária*

CAUSAS ESPECIAIS DE INELEGIBILIDADE: SERVIDOR DA JUSTIÇA ELEITORAL, MEMBROS DO CONSELHO TUTELAR, DESINCOMPATIBILIZAÇÃO ENTRE PREFEITO E VICE-PREFEITO E ENTRE CÔNJUGES E PARENTES.....35

Adriana Paula Damasceno Feitosa

*Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará–UFC
Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR
Analista Judiciário Adjunto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Diretora de Secretaria da 4ª Vara da Fazenda Pública*

EMENDAS CONSTITUCIONAIS: LIMITES E NATUREZA JURÍDICA DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR.....77

Igor Diniz Gondim

*Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Especialização em Direito Constitucional*

ALIBERDADE RELIGIOSA E O ESTADO LAICO BRASILEIRO.....109

Francisco Arlindo Campos de Araújo

*Diretor de Secretaria da 5ª Vara Cível de Fortaleza
Analista Judiciário do Fórum Clóvis Beviláqua
Especialização em Direito Constitucional*

TRIBUNAL DO JÚRI : UM DIREITO FUNDAMENTAL.....141

Marise Fortaleza Fontes Amorim

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará
Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

AS GARANTIAS PREVISTAS NO INCISO XII DO ART.5º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS EXCEÇÕES.....161

Valéria de Freitas Rebouças França

*Analista Judiciária Adjunta do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Especialização em Direito Constitucional*

A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 475-L, § 1º DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL.....195

Marc-Philippe de Abreu Arcieniegas

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará,
Especialização em Processo Civil*

O SISTEMA REPRESENTATIVO E O CONFLITO EXISTENCIAL COM O
REGIME DEMOCRÁTICO.....219

Caio Lima Barroso

*Bacharel em Direito (UFC)
Analista Judiciário Adjunto
Especialização em Direito Constitucional*

PARADIGMAS INCONSTITUCIONAIS DO SISTEMA DE COTAS PARA
NEGROS E PARDOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS
FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA
PROPORCIONALIDADE.....237

Suely Pinheiro Falcão Dias

*Graduada em Direito (UNIFOR)
Analista Judiciária da Justiça Estadual do Ceará
Especialização em Direito Constitucional*

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PÚBLICOS.....263

Ana Virgínia da Silva

*Graduada em Direito (UNIFOR)
Analista Judiciário Adjunto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
PRIVADAS.....293

Luiz Carlos Saraiva Guerra

*Juiz de Direito
Aluno do Curso de Especialização em Direito Constitucional da ESMEC*

A PENHORA ON-LINE COMO VIABILIZADORA DO DIREITO AO CRÉDITO EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL.....309

Aluna : Rosilda Facundo Lima

Técnica Judiciária da 4ª Vara de Execuções Fiscais

Aluna do curso de Especialização em Administração Judiciária da ESMEC

O TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO.....325

Bruna Valões de Oliveira

Analista Judiciário Adjunto

Graduada em Direito (UFC)

CONCILIAÇÃO: UMA FORMA ALTERNATIVA PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS, DOS JUIZADOS ESPECIAIS À LUTA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....347

Adna Landim Facundo

Técnica Judiciária

Especialização em Administração Judiciária

APRESENTAÇÃO

“Indignar-se quanto àquilo que impede o Judiciário de ser a instituição respeitada, eficiente e eficaz com que os idealistas sonham, é expressão de um compromisso ético. Compromisso derivado não apenas de uma deontologia jurídica ou de uma ética própria do magistrado. Mas atitude de uma verdadeira ética social”

(NALINI, Renato in **A Rebelião da Toga**, 206, p. 137)

Os catorze artigos que compõem esta obra, cunhada a muitas mãos e resultado dos esforços de alunos e professores orientadores dos *Cursos de Especialização em Direito Constitucional e Administração Judiciária* da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), representam um projeto inicial de divulgação da produção científica na pós-graduação *lato sensu*.

Não nos parecia razoável que a conclusão dos cursos se desse com a mera defesa pública de um trabalho final, depois depositado na biblioteca da Escola, restringindo-se às consultas locais de acervo. Uma publicação desta natureza, além de fazer jus à qualidade da produção discente da ESMEC, estabelece um canal adequado para a circulação das idéias, fomentando a transformação da prática administrativa, funcional e jurisdicional.

O primeiro artigo, escrito por Vlúcia Sandra Rocha da Silva, intitulado *A Mediação como Solução de Conflitos: meios alternativos*, aborda tema da área de gestão judiciária, pois busca tratar as várias formas compositivas, dando ênfase à mediação como mecanismo de busca da pacificação social.

O segundo trabalho, de autoria de Adriana Paula Damasceno Feitosa, trata das *Causas Especiais de Inelegibilidade*, enfocando a aplicação de tal instituto aos servidores da justiça eleitoral, membros do conselho tutelar, prefeito e vice-prefeito, bem como seus cônjuges e parentes.

O terceiro trabalho, da lavra de Igor Diniz Gondim, enfrenta a temática da *Natureza Jurídica e Limites do Poder Constituinte Reformador*, tratando das *Emendas Constitucionais* sob o enfoque do novo constitucionalismo que se descortina e ganha corpo neste século.

O quarto artigo, escrito por Francisco Arlindo Campos de Araújo, cujo título é *A Liberdade Religiosa e o Estado Laico Brasileiro*, discute o polêmico tema da liberdade como direito fundamental da pessoa humana e analisa as repercussões da quebra da hegemonia católica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Proclamação da República e do caráter laico do Estado.

O quinto trabalho, de autoria de Marise Fortaleza Fontes Amorim, retrata o *Tribunal do Júri* como uma instituição imprescindível para resguardar os direitos fundamentais, constituindo a sua adoção pela ordem constitucional verdadeira cláusula pétrea.

O sexto artigo, escrito por Valéria de Freitas Rebouças França, enfatiza as *Garantias Previstas no Art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988*, abordando o direito à intimidade, à privacidade, à imagem e seus reflexos no cotidiano das correspondências telegráficas, telemáticas e telefônicas.

O sétimo artigo, da lavra de Marc-Philippe de Abreu

Arcieniegas, trata da *Constitucionalidade do Art. 475-L, § 1º do Código de Processo Civil*, acrescentado pela Lei nº 11.232/2005, além de examinar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais concernentes à sua aplicabilidade e discutir as hipóteses de restrição.

O oitavo artigo, apresentado por Caio Lima Barroso, examina o *Sistema Representativo e o Conflito Existencial com o Regime Democrático*, propondo alternativas para enfrentar a crise de legitimidade da democracia representativa, acentuada nos últimos anos pela crise ética que grassa no Executivo e no parlamento.

O artigo seguinte, de autoria de Suely Pinheiro Falcão Dias, trata dos *Paradigmas Inconstitucionais dos Sistemas de Cotas para Negros e Pardos nas Universidades Públicas Brasileiras*, examinando a polêmica temática das cotas raciais à luz dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

O décimo artigo, escrito por Ana Virgínia da Silva, intitulado *Responsabilidade Civil dos Hospitais Públicos*, analisa a proteção da saúde como dever do Estado a partir da experiência descentralizada do Sistema Único de Saúde (SUS).

O artigo posterior, da lavra de Luiz Carlos Saraiva Guerra, abordando *A Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, discute a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sob o prisma da avaliação de intensidade de tutela na autonomia privada a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

O décimo segundo artigo, escrito por Rosilda Facundo Lima, investiga *A Penhora On Line como Viabilizadora do Direito*

ao *Crédito em Sede de Execução Fiscal*, cuja abordagem centra-se na análise da Lei Federal nº 5.172/66 e da Lei Complementar nº 118/05 que a viabilizaram em nossa ordem jurídica.

O décimo terceiro artigo, apresentado por Bruna Valões de Oliveira, examina *O Trabalho como Instrumento de Ressocialização do Preso*, discutindo as condições para deferimento, manutenção e as peculiaridades de cada regime de cumprimento de pena em relação ao trabalho.

O último artigo, de autoria de Adna Landim Facundo, discute a conciliação como forma alternativa de solução de litígios, além de tratar da criação dos Juizados Especiais, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e sua repercussão na gestão judiciária.

A viabilidade da publicação destes artigos decorreu da alteração do Regimento Interno da ESMEC, aprovada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará em sessão de 14 de agosto de 2008, a qual inseriu os arts. 12-A a 12-V, tratando das Normas da Pós-Graduação *Lato Sensu* da ESMEC.

Agradecemos a todos aqueles que se mostraram sensíveis à necessidade de dar publicidade ao que se tem produzido de conhecimento na Escola da Magistratura, especialmente à Presidência do Tribunal, que viabilizou a publicação, sem qualquer ônus para os autores e organizadores, pelo Parque Gráfico desta instituição, bem como à Direção da ESMEC pelo estímulo às atividades de ensino, pesquisa e extensão desenvolvidas na Escola.

Os Organizadores.

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEIOS ALTERNATIVOS

Vláucia Sandra Rocha da Silva

*Técnico Judiciária do Estado do Ceará
Especialização em Administração Judiciária*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Conflito. 3. Formas de Composição de Controvérsias. 4. Mediação. 4.1 Extrajudicialidade. 4.2 Voluntariedade – Autonomia da Vontade das Partes. 4.3 Confidencialidade. 4.4 Terceiro Dotado de Imparcialidade/ Neutralidade. 4.5 Caráter Iminentemente Pessoal. 5. Considerações Finais. 6. Bibliografia.

RESUMO

Desde a Antiguidade, as relações de trabalho são marcadas pela existência de embates entre empregados e empregadores. É o que se pode verificar no decorrer da evolução social, através do gradativo distanciamento entre os pólos da relação empregatícia, ocasionando a elevação do número de demandas judiciais e a conseqüente morosidade da Justiça do Trabalho. Portanto, este artigo apresentará, inicialmente, uma breve exposição dos variados tipos de soluções de conflitos e suas especificidades. Num segundo momento, será feita uma abordagem a respeito da necessidade de diferenciar cada uma dessas modalidades de soluções de conflito, de forma a promover uma oportuna distinção entre gêneros e espécies. Realizou-se, portanto, um estudo cauteloso a fim de demonstrar as diferenças entre os aludidos institutos, destacando-se os aspectos fundamentais ligados à questão

do acesso à Justiça, com a abordagem de temas como a obrigatoriedade da prestação jurisdicional pelo Estado.

Palavras-chave: Composição de Conflitos. Mediação. Conciliação.

1 - Introdução

A forma tradicional de solução dos conflitos, ou seja, a *judicial*, vem paulatinamente se desgastando em decorrência do excesso de processos, em parte impelida pela arcaica cultura do *litígio*, na qual se sobressaem as idéias de vitória e derrota, em detrimento do conceito salutar da “busca da vitória” para *ambos* os lados.

O Judiciário leva à sociedade a divulgação, informação e conscientização sobre os direitos que a mesma possui e que, na maioria das vezes, desconhece. Além disso, através da mediação, também oferece instrumentos para possíveis soluções aos conflitos sociais, fornecendo meios de reduzir as diferenças entre os cidadãos, tornando-os conhecedores de seus direitos, conscientes de suas obrigações, buscando reduzir, desta feita, a desigualdade e a exclusão.

A mediação surge como um meio de resolução de conflitos amplamente utilizado nos países denominados economicamente *desenvolvidos*, através da qual as partes envolvidas recorrem a um terceiro, que não faz parte da controvérsia, buscando obter, num curto espaço de tempo, uma solução consensual, plenamente satisfatória para ambas.

É nesse contexto que o avanço dos mecanismos extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos se torna inegável no Brasil. Com o surgimento dos Juizados Informais de Conciliação, tornou-se claro que há a necessidade de mecanismos paralelos aos utilizados pelo Poder Judiciário,

cujos órgãos encontram-se sobrecarregados e em cuja atuação dificilmente se consegue uma pacificação das partes, ou seja, uma vitória para ambos os lados.

Nosso legislador procurou dentro do que lhe era possível, acompanhar esta mudança de pensamento da sociedade. Buscou, de um lado, fortalecer a vertente extrajudicial de solução de conflitos, o que se concretizou com a edição da Lei nº 9.307/96, que revigorou a arbitragem. Por outro lado, como forma de revitalizar a solução judicial destes conflitos de forma pacífica, reforçou os poderes mandamentais do juiz, através do qual este passou a ter a função de propor a conciliação das partes a qualquer momento no processo (art. 125, IV CPC).

Daí, percebe-se que estas idéias estão intrinsecamente relacionadas ao conceito de *conflito*, suas formas de administração e solução. Questionaremos assim, o que vem a ser o conflito, seus tipos e quais suas características principais. Perguntaremos, em seguida, quais as formas de administração e solução dos tipos de conflitos, identificando suas peculiaridades. Faremos algumas abordagens sobre a conciliação, a negociação, a arbitragem e a mediação como mecanismos alternativos e eficazes de solução de conflitos.

O presente artigo tem como objetivo fazer uma abordagem crítico-explanativa sobre o conflito, enfocando seu conceito, apontando seus tipos, e explicando quais as formas atuais de sua administração e solução, destacando aquelas voltadas à solução pacífica.

Desta feita, com a iniciativa de provocar uma reflexão sobre a solução *pacífica* das controvérsias, espera-se contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça sejam elevados a categorias máximas e valores

supremos a serem respeitados e efetivados no seio da sociedade.

A metodologia utilizada neste artigo está caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, procurando explicar o problema a partir da análise da literatura já publicada em livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em análise; e por meio da pesquisa documental, reunindo projetos, leis, normas, resoluções, pesquisas *on line*, dentre outros que tratam sobre o tema, sempre procurando fazer uso de material que ainda não sofreu tratamento analítico.

Este artigo está dividido em três partes. A primeira refere-se ao conceito de conflito em si mesmo. A segunda aborda as formas de composição de controvérsia: a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição. E a última etapa analisa a mediação que se configura como um mecanismo consensual de resolução de conflitos.

2 - O Conflito

Existem muitas definições de conflito. Isso não significa dizer que todas estas definições enveredem por caminhos completamente diferentes. Apesar da multiplicidade de sentidos que o termo acabou por adquirir, diversos termos comuns encontram-se na maioria das definições.

O conflito é, genericamente, o choque de posições e pensamentos. Abbagnano (1999, p. 173) o define como “contradição, oposição ou luta de princípios, propostas ou atitudes”.

Pode-se, então, definir o conflito como “um processo que tem início quando uma das partes percebe que a outra parte afeta – ou pode afetar – negativamente, alguma coisa que a primeira considera importante”¹.

Imagina-se que a definição acima destacada é muito ampla. No entanto assim deve ser, para que se tenha como verificar em qualquer atividade quando a interação ultrapassa os limiares da concordância para se tornar um conflito entre as partes envolvidas.

A idéia tradicional de conflito, estabelecida pelo senso comum, possui um certo pendor para torná-la negativa. Estar-se-ia perigosamente reduzindo o conceito de conflito à sua visão tradicional, qual seja, que todo conflito é *danoso* e por isso deve *ser evitado*.

Felizmente, esta não é a única visão de conflito concebida na atualidade. Para as relações humanas, o conflito é uma conseqüência natural e inevitável em qualquer grupo; o que não significa, conforme veremos adiante, que seja algo ruim.

Os conflitos que assolam a sociedade são inúmeros, e grande parte da nossa população acaba por não procurar a Justiça por diversos motivos, destacando-se o longo tempo para a solução dos litígios, a estrutura burocrática dos tribunais, o número exorbitante de ações, o alto custo para as partes na resolução formal de conflitos aliada à cobrança excessiva dos advogados particulares, entre outras dificuldades.

3 - Formas de Composição de Controvérsia

Viver em sociedade é se relacionar com os demais indivíduos de forma a estreitar ou até mesmo a afastar essa relação, através de uma sucessão interminável de fatos interligados. Assim, é inerente à vida social a ocorrência de impasses resultantes de idéias conflitantes entre os pólos da interação social.

Desde a escravidão, o trabalho tem passado por

¹ GUIRRO, Antonio Guirro. **Níveis de conflito**. Disponível em: <www.netcreator.com.br/netcreator/apostilas/Psicologia2bim.doc>. Acesso em: 29 jan. 2009.

diversas mudanças. Note-se que toda a evolução do Direito do Trabalho foi marcada por conflitos intensos para que se chegasse a uma mudança na estrutura social.

Dessa forma, buscando suavizar esse quadro social conflituoso, surgiram várias formas de solução de conflitos laborais, que se aperfeiçoaram com o passar do tempo.

A primeira dessas formas é a autodefesa, modalidade caracterizada pela imposição do interesse de uma parte à outra, prevalecendo o “mais forte”. Aqui, as próprias partes procedem à defesa de seus interesses, conforme Nascimento (1990, p.05): “A solução que provém de uma das partes interessadas é unilateral e imposta. Portanto, evoca a violência e a sua generalização importaria na quebra da ordem e na vitória do mais forte e não do titular do direito”.

A técnica acima retratada se tornou obsoleta no direito moderno em razão da ausência de paridade, como se lê no art. 345 do Código Penal Brasileiro, ao coibir o exercício arbitrário das próprias razões. No entanto, a autodefesa ainda tem aplicabilidade no ordenamento pátrio, de forma excepcional, como ocorre nos casos de legítima defesa.

Atualmente, o exercício da autotutela encurtou-se em consequência do fortalecimento do Estado, autor das principais modalidades de coerção. Como o Estado não é nem onipresente nem onisciente, o que o impede de acudir a tempo todos os conflitos, ainda persistem algumas modalidades de autodefesa.

Portanto, faz-se necessário traçar a autotutela pelas seguintes características, quais sejam:

- a) Ausência de juiz distinto das partes;
- b) imposição da decisão por uma das partes à outra.

Acrescentam-se ainda duas razões para a manutenção da autotutela:

- a) A impossibilidade do Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a

sê-lo;

b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, elemento inspirador de uma possível autocomposição.

A autocomposição significa a solução dos conflitos pela prevalência da vontade convergente das partes, que por si próprias resolvem suas controvérsias, sem a intervenção de um terceiro. É considerada um verdadeiro sucedâneo da jurisdição.

Na autocomposição, uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. É unilateral no caso da renúncia de uma das partes a sua pretensão, efetivando a pacificação do litígio, isto é, uma das partes, por livre e espontânea vontade, abre mão de um direito dotado de certeza jurídica, que lhe pertença e seja disponível. É bilateral no caso da mediação e da conciliação extrajudicial, onde cada uma das partes faz concessões recíprocas, havendo transação dos direitos controversos.

Importante ressaltar o fato de que a doutrina não é uníssona em posicionar a mediação como meio autocompositivo de resolução de conflitos, uma vez que há doutrinadores classificando-a como meio heterocompositivo. Mas acha-se por bem classificá-la como meio autocompositivo, tendo em vista não haver interferência de um terceiro no mérito da questão.

Entende-se que o mediador se coloca entre as partes servindo apenas de canal, e nunca impondo soluções, pois, se assim fosse não estaríamos diante de uma *mediação*, haja vista um dos seus requisitos ser justamente a não interferência do mediador.

Outra importante forma de solucionar conflitos é a heterocomposição, que se diferencia das demais por se chamar um terceiro, alheio à controvérsia, para findar o conflito. Nesse contexto, inserem-se a mediação, a

arbitragem e a jurisdição. Recentemente, foi criado um novo método de resolução de conflitos na área do Direito do Trabalho – a comissão de conciliação prévia.

Segundo Sales et al. (2004), atualmente, a doutrina vem abandonando a corrente tradicionalista no que diz respeito à mediação e à conciliação como formas heterocompositivas porque em ambas o terceiro convidado é mais expectador do que parte ativa na solução dos impasses, descaracterizando a finalidade proposta na heterocomposição. Portanto, acredita-se que a conciliação extrajudicial apresenta, de fato, característica de autocomposição.

O professor José de Albuquerque Rocha apresenta um conceito geral de jurisdição que, segundo ele, é plenamente adequado à Constituição Federal de 1988, fundamentado no art. 5º, XXXV e confirma a função terminal de aplicação do direito:

A jurisdição é justamente a instância que realiza a função de implantar e aplicar, coativamente, as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança dos direitos de que carece a sociedade para reproduzir-se na história. Trata-se, pois, de uma atividade indispensável a todo o ordenamento jurídico, que é a de colocar um ponto final no debate sobre o sentido, alcance e validade das normas, por um lado, e sua violação, por outro lado, transformando as proposições normativas abstratas e gerais em disciplina efetiva de fatos concretos e reais (1995, p.23).

A Jurisdição é, pois, o poder do Estado de dizer o direito, caracterizando-se como a “capacidade, que o Estado

tem, de decidir imperativamente e impor decisões” (CINTRA et al., 2001, p. 32). Pela jurisdição, o Estado-juiz substitui as partes litigantes e aplica, de maneira imparcial, o direito, solucionado o conflito.

O Estado institui o sistema processual e dita normas a respeito (direito processual), cria órgãos jurisdicionais para efetivamente exercer a jurisdição.

Consoante o professor Rocha, trata-se de “um meio de resolver litígios civis, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário” (1995, p. 33).

4 - Mediação:

Segundo Casqueiro e Silva (2009), por ser mecanismo consensual de resolução de conflitos, a mediação propicia às partes o poder de gerenciar seus litígios, podendo escolher qual o melhor caminho a seguir. Já na Jurisdição Estatal, a solução dos conflitos está nas mãos dos profissionais de direito, principalmente os juízes que “ditam” o direito, interferem direta e objetivamente no conflito.

Diante disto, por ser a mediação um meio não-adversarial de resolução de disputas, é o mais indicado quando as partes em conflito têm um relacionamento que, por alguma razão, tenha que perdurar, como é o caso das relações familiares.

Na mediação, as partes escolhem o mediador ou buscam em instituições privadas especializadas em mediação, e, juntamente com ele, convencenam a melhor solução para a querela, podendo este opinar e aconselhar os litigantes, mas sem interferir diretamente na demanda.

O termo mediação tem origem latina *mediare*, que quer

dizer “mediar, intervir, partir ao meio”. Neste sentido, a mediação revela-se, pois como um procedimento informal de resolução de conflitos no qual as próprias partes, com o auxílio de um terceiro, o mediador, encontrarão, por si, uma saída pacífica para suas disputas.

De acordo com o Regulamento Modelo da Mediação do Mediare (2009):

A mediação é um Processo, não adversarial e voluntário, de resolução de controvérsias, por intermédio do qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual que possibilite preservar o relacionamento entre elas.

Nas palavras de Sales:

A mediação apresenta-se como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes. É um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução da disputa, evitando antagonismos e sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribui fim ao conflito (...) É um mecanismo de resolução de controvérsias pelas próprias partes, construindo estas uma decisão ponderada, eficaz e satisfatória para ambas (2002, p. 19).

Conforme Buganha (2009), “através da mediação, as partes envolvidas no conflito se unem para dialogar. O diálogo é a relação de confiança, respeito e valorização do

outro, em que o importante é ouvir, sem julgar e nada impor”.

A função do mediador é esclarecer pontos controversos, através da identificação dos reais interesses que compõem a essência da questão e, também de afastar o litígio para estimular a harmonização entre os envolvidos e, conseqüentemente, a solução mais rápida do conflito.

Do conceito de mediação podem-se extrair alguns dos princípios que a norteiam, quais sejam: a extrajudicialidade, a confidencialidade, a voluntariedade e o terceiro imparcial, no caso, o mediador; mas há também que ser citado o caráter eminentemente pessoal das partes na mediação.

4.1 Extrajudicialidade

Um processo de mediação poderá decorrer antes, durante ou depois de um processo judicial, isto porque a mediação deverá ser autônoma face ao poder judicial, apenas se socorrendo dele para a consolidação jurídica dos resultados obtidos por via de homologação judicial dos acordos celebrados pelos interessados.

Importante ressaltar que não é a homologação que determina o êxito da mediação. No processo mediatório, a homologação judicial é secundária, pois o que se busca na mediação é justamente o resgate da palavra de honra das partes, a fim de que, acima de tudo, elas tenham seus conflitos realmente transformados. Não adiantaria em nada ter um papel determinando como deveriam proceder, se elas mesmas não tivessem satisfeitas com o decidido. Assim, mais cedo ou mais tarde, tal acordo seria descumprido de algum modo.

4.2 Voluntariedade - autonomia da vontade das partes

A mediação depende do desejo de ambas as partes de participar em boa fé. As partes devem ser livres de recorrer à mediação assim como dela desistir, a qualquer momento. A mediação se fundamenta na autonomia da vontade das partes, devendo o mediador centrar sua

atuação nesta premissa.

Se nenhum acordo for alcançado através da mediação, as partes ainda podem recorrer às vias legais disponíveis. Nada impede que seja feita nova tentativa pelas partes, caso desejem nova mediação.

4.3 Confidencialidade

Casqueiro e Silva (2009) assinalam que o processo de mediação tem seu desenrolar em ambiente restrito. Este somente se tornará público se for a vontade das partes. Deve o mediador trabalhar para que a privacidade seja mantida. Se o litígio for de interesse público, não há que se considerar tal princípio. Ou seja, pode haver quebra da privacidade quando esta for determinada por decisão legal, judicial ou por atitude da política pública. O interesse privado, pois, não se sobrepõe ao da sociedade.

4.4 Terceiro dotado de imparcialidade/neutralidade

Até início do século XX, buscavam-se habitualmente chefes de estados para mediar conflitos internacionais, o que nem sempre se tornava uma boa opção, por sempre haver interesses políticos envolvidos, não havendo imparcialidade.

Para Casqueiro e Silva (2009), o mediador é o intermediador das relações entre as partes envolvidas, por isso tem que ser terceiro neutro, sem ligações prévias com nenhuma das partes. Sua forma de agir é que vai determinar o êxito ou fracasso do processo, já que tem ele a função de restabelecer a comunhão entre os conflitantes.

O mediador ouve, examina os dados, procura os pontos comuns, busca a informação nova ou adicional e resume. O mediador só toma posições se a situação ficar desesperadora – quando parece que os lutadores vão nocautear-se.

O mediador é imparcial nas suas relações com as partes, é neutro quanto ao resultado do processo de

mediação, respeita os pontos de vista das partes e preserva a sua igualdade na negociação, não tem o poder de impor uma solução às partes.

4.5 Caráter eminentemente pessoal

Às partes compete participar, pessoalmente, nas reuniões de mediação, sem prejuízo da assistência jurídica, pelos respectivos mandatários judiciais, ao longo do processo de mediação.

Não pode haver substituição por ser uma das características mais importante da mediação, justamente, a tentativa de reaproximação das partes. Quando há relação com vínculo emocional, questões familiares, por exemplo, a mediação tenta trabalhar de forma a fazer com que as partes convivam da melhor maneira possível.

Por tais motivos há a necessidade da presença obrigatória dos litigantes, que, obviamente, podem comparecer assistidos, nunca substituídos.

Existem, sem dúvida, atos que são dispostos em papel, mas não é a regra, tendo em vista que a homologação da mediação pelo magistrado não é obrigatória, são as partes quem decidem se querem ou não esta homologação.

De acordo com Sales et al. (2004), a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem apresentam-se assim como mecanismos de solução alternativos de conflitos, possuindo cada um características próprias que os distinguem dos demais e os adequam aos tipos de conflitos.

Na negociação, as partes resolvem seus problemas por meio de autocomposição, ou seja, elas próprias negociam sobre a divergência, sem a intervenção de uma terceira pessoa.

A conciliação é outro meio extrajudicial de resolução de controvérsias. Ela tem como objetivo um acordo entre as partes para evitar o processo judicial.

A arbitragem e outros meios alternativos de conciliação

de conflitos na área privada e pública – seja no campo interno ou internacional – constituem ferramentas eficazes e rápidas, livres da burocracia e do formalismo. Em face de sua regulamentação legal, a arbitragem se torna mais formal que os outros meios consensuais de resolução de conflitos.

Destarte, há que se considerar a importância de todos os meios de acesso à justiça, pois mesmo as ações positivas realizadas pelos órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo mostram que há um longo caminho a ser percorrido até que seja possível dizer que o judiciário funciona e que atende a todas as necessidades sociais.

5 - Considerações Finais

Identificamos claramente a necessidade da mediação na atual conjuntura do Poder Judiciário, bem como de qualquer meio de solução consensual de conflitos que possa desafogar os tribunais, procurando dar uma resposta às necessidades da comunidade, pacificando e prevenindo futuros litígios de maior potencial.

Através dos mecanismos de solução pacífica dos conflitos, deve-se dar ênfase ao “desafogamento” das vias tradicionais judiciais. Esta ideia veio para revolucionar o conceito de administração da justiça como monopólio do Estado, que de algum modo restringe a capacidade de os particulares resolverem seus próprios conflitos.

O monopólio estatal é um sistema que não é ruim de todo, visto que, ao menos em tese, garante a imparcialidade de quem julga. Partindo-se da teoria de que só se atinge a justiça através dos mecanismos convencionais, certamente o monopólio do Estado tem sua razão de ser e existir. Até mesmo porque o desafogamento do Poder Judiciário por paliativos, tais como a arbitragem e a mediação – ainda considerando-se a teoria dos mecanismos convencionais, ressalte-se – não resolveria o problema.

Na realidade, estamos à frente desta teoria. Os

mecanismos alternativos de administração e solução de conflitos podem e devem ser tidos como transformação cultural. Não se pode exigir mais do Estado nestes termos. Ele não tem como açambarcar a quantidade de litígios que ocorrem – e que muitas vezes ele mesmo incita – daí a necessária mudança da teoria dos mecanismos convencionais para uma teoria em que haja a possibilidade concreta de descentralizar uma parte dos poderes do Poder Judiciário para os mecanismos alternativos de solução de conflito.

A tarefa de tutelar e resolver os conflitos de interesses é atribuição do Estado, no entanto, nada impede que caminhe com este, com intuito cooperativo, meios alternativos para que as partes possam ter mais possibilidades de escolhas na hora de resolver uma pendência.

Diante disso, a conclusão a que se chega é a de que a mediação e os demais meios consensuais de solução de conflitos são o novo trunfo para o século XXI, pois deixaram de ser um meio alternativo de acesso à justiça e se tornaram um meio adequado a determinados tipos de conflitos.

6 - Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ARAUJO, Adriano L. et al. O instituto da Mediação. **Revista doutrina**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v.3.
- AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- BUGANHA, I. Mediação familiar: uma saída para os conflitos. Disponível em: <http://sindypsipr.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=53>. Acesso em: 29 jan. 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASQUEIRO, L.; SILVA, L.F.S. Mediação e arbitragem. Disponível em: < http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_fevereiro2004/discente/disc10.doc>. Acesso em: 29 jan. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos A. et al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÓDIGO de ética dos mediadores. Disponível em: ?<http://www.cacb.com.br?>. Acesso em: 29 Jan. 2009.

CRETELLA JR. José. Da arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.25, nº98, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GUIRRO, Antonio Guirro. **Níveis de conflito**. Disponível em: <www.netcreator.com.br/netcreator/apostilas/Psicologia2bim.doc>. Acesso em: 29 jan. 2009.

MORAIS, José Luís Bolzan. **Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12^a ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1990.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Quando o direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTR, 2003.

ROCHA, José Albuquerque. **Estudo sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A Mediação e a composição de conflitos**: a experiência das casas de mediação comunitária do estado do ceará de 1999 a 2002 e o discurso de igualdade. Tese de Doutorado pela UFPE. Recife, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação em perspectiva**: orientações para mediadores comunitários. Fortaleza: Universidade de Fortaleza.

CAUSAS ESPECIAIS DE INELEGIBILIDADE: SERVIDOR DA JUSTIÇA ELEITORAL, MEMBROS DO CONSELHO TUTELAR, DESINCOMPATIBILIZAÇÃO ENTRE PREFEITO E VICE-PREFEITO E ENTRE CÔNJUGES E PARENTES.

Adriana Paula Damasceno Feitosa

*Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará – UFC
Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR
Analista Judiciário Adjunto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Diretora de Secretaria da 4ª Vara da Fazenda Pública*

RESUMO:

O trabalho trata de uma revisão bibliográfica que aborda os casos especiais de inelegibilidade. Para isso, a inelegibilidade é apresentada por meio de seus conceitos, classificação e principais causas, expondo a importância de sua aplicação no contexto nacional, a fim de preservar o processo eleitoral e evitar a continuidade do poder nas mãos de um pequeno grupo economicamente mais forte e já detentor de cargos públicos. Para o alcance da proposta inicial ser completa é fundamental ao contexto da pesquisa apresentar as principais causas especiais de inelegibilidade, quais sejam, do servidor, a desincompatibilização entre prefeito e vice-prefeito e entre seus cônjuges e parentes. Ao final, expõem-se as principais conclusões obtidas com o estudo, limitações e sugestões para pesquisas futuras.

PALAVRAS-CHAVE: Inelegibilidade. Causas Especiais. Desincompatibilização. Justiça Eleitoral. Conselho Tutelar. Prefeito. Vice-Prefeito. Cônjuges. Parentes.

Trabalho conclusivo apresentado à Escola Superior da Magistratura – ESMEC, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob a orientação da Prof^ª. Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará –

UFC; Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC; Professora de Graduação e Pós-graduação da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Professora de Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC; Professora de cursos preparatórios para concursos; Coordenadora da OSCIP.D3 – Direito, Democracia e Desenvolvimento.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, reservou o capítulo IV do título II aos direitos políticos, abordando em seu art. 14, parágrafos 4º ao 7º os casos de inelegibilidade, atribuindo ainda, no parágrafo 9º, competência à Lei Complementar para determinar a possibilidade de inclusão de outros casos, além dos já mencionados no texto constitucional, assim como inclui prazos de sua cessação, visando à proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra o uso abusivo do poder econômico e/ou do cargo exercido.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que atualmente a inelegibilidade é um assunto muito discutido no Direito Eleitoral, estando presente na mídia nacional como um dos temas frequentemente em pauta. A inelegibilidade é fundamental neste contexto, pois trata das restrições ao exercício da capacidade eleitoral passiva ao *ius honorum*. A Lei Complementar nº64, de 18 de maio de 1990, trata do tema, dando suporte às decisões a serem tomadas, a fim de resguardar a independência e dignidade do eleitorado, sendo um interesse social amparado pela legislação vigente.

A inelegibilidade, no entanto, não deve ser confundida com as possibilidades de inalistabilidade, uma vez que estas são restrições ao direito de ser eleitor, ou seja, impedimentos do direito de votar, de exercer sua capacidade eleitoral ativa. Importante ressaltar que os casos de inelegibilidade estão

relacionados tanto na Carta Magna de 1988 como na Lei Complementar nº 64/1990.

Cientes de que a elegibilidade é o direito subjetivo das pessoas de concorrer em eleições a cargos públicos, procuramos verificar ao longo da presente pesquisa por que existem os casos de inelegibilidade no Direito Eleitoral brasileiro, como essa inelegibilidade é classificada no nosso ordenamento, se a mera previsão de hipóteses de inelegibilidade tem sido suficiente e, por fim, se existem no Brasil casos especiais de inelegibilidade.

Dessa forma, visando alcançar a proposta inicial, o presente trabalho possui como objetivo geral analisar os casos especiais de inelegibilidade previstos na Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº64, de 18 de maio de 1990, e como objetivos específicos estudar a evolução teórica acerca do tema escolhido; analisar os motivos históricos que desencadearam a existência da inelegibilidade; identificar, à luz do Direito Eleitoral brasileiro, a classificação da inelegibilidade; e analisar se a mera previsão das hipóteses de inelegibilidade tem sido suficiente para se evitar a perpetuação no poder pelo uso da máquina administrativa e do poder econômico.

Esta pesquisa pretende levantar as seguintes hipóteses:

(1) os casos de inelegibilidade são previstos, exclusivamente, pela Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº64, de 18 de maio de 1990;

(2) a existência das causas de inelegibilidade possui um caráter histórico, a fim de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, tornando-as legítimas, a partir de um tratamento ético, eliminando a influência política e econômica; e

(3) a inelegibilidade possui diversas classificações, sendo mais aceito considerá-la como inata e cominada.

Inicialmente abordou-se a inelegibilidade eleitoral por meio das condições de elegibilidade que são requisitos fundamentais ao registro de candidatura do indivíduo que deseja concorrer a um determinado cargo público, classificando a legislação vigente que dispõe sobre o assunto, e os principais aspectos incidentes. Sem o atendimento a estas condições, a Justiça Eleitoral brasileira não tem como deferir o pedido de registro de candidatura da pessoa, negativando, assim, a possibilidade que o nacional possa obter a elegibilidade.

Por fim, são analisados os casos especiais de inelegibilidade eleitoral tratados na Lei Complementar nº64/90, destacando-se a questão envolvendo o servidor da Justiça Eleitoral, a desincompatibilização entre prefeito e vice-prefeito, bem como o de cônjuge e parentes referidos no § 7º do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, este trabalho tem o escopo de contribuir para o amadurecimento do Direito Eleitoral, trazendo importantes conclusões obtidas com o estudo, apresentando limitações e sugestões para pesquisa futuras, visando o aperfeiçoamento do estudo sobre o tema da inelegibilidade.

1 - INELEGIBILIDADE: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

1.1 Conceitos

No Brasil, o Direito Eleitoral é dos mais importantes e estudados ramos do Direito Público, uma vez que regulamenta todo o processo eleitoral municipal, estadual e federal, tornando-o legítimo, pois é de sua competência exclusiva, tratando-se de justiça especializada por meio da Constituição Federal e de leis próprias, que formam o seu

conteúdo normativo atual.

Nesse contexto, a inelegibilidade é um dos relevantes assuntos a serem abordados, pois sua tutela refere-se a assuntos políticos de interesse público, com suas principais prerrogativas compondo a origem destes direitos, dando a determinadas pessoas a possibilidade ou não de tornarem-se elegíveis. Assim, ao terem seus direitos políticos preservados os indivíduos têm sua capacidade eleitoral ativa e passiva resguardadas, assegurando sua participação na governabilidade do país, uma vez que poderá votar e ser votado pelos demais cidadãos, ressaltando-se que o direito de poder ser eleito é complemento do direito de ser eleitor.

O Direito Eleitoral busca sustentação, primeiramente, na Constituição Federal de 1988, onde encontra suas principais regras e onde estão albergados seus princípios norteadores. O art.12 da CF/88 trata da nacionalidade, determinando quem são os brasileiros natos e os naturalizados, além de fixar as hipóteses de perdimento da nacionalidade brasileira. Cândido¹ ressalta que estas disposições são de singular relevância já que “não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros” (art.14 §2º, CF/88), como também não pode ser candidato aquele que não tiver nacionalidade brasileira (art. 14, §3º, I, CF/88).

Desse modo, verifica-se que o ordenamento constitucional já sinaliza para a capacidade eleitoral ativa (quem pode alistar-se eleitor) e para a capacidade eleitoral passiva (quem preenche as condições de elegibilidade). A esse respeito, Castro (2005, p. 135)² afirma ainda que na Constituição Federal de 1988 são fixadas outras condições de elegibilidade e algumas causas de inelegibilidade (art. 14, §§3º, 4º, 6º, 7º e 8º). O § 9º do mencionado art.14 reservou à

¹ Joel J. Cândido. Direito Eleitoral Brasileiro. 2003, p. 133.

² Edson de Resende Castro. Teoria e Prática do Direito Eleitoral. 2005, p. 135.

Lei Complementar a possibilidade de estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade, o que se efetivou com o advento da Lei Complementar nº64/90.

Conforme estabelecido na Carta Magna de 1988, a aquisição dos direitos políticos vincula-se ao atendimento de algumas regras pré-estabelecidas. Dessa forma, para ter direito político ativo, basta ter, no mínimo, 16 anos, pois, com esta idade, a pessoa já adquire o direito de votar, apesar de serem facultativos tanto o alistamento eleitoral como o voto. No entanto, para adquirir os direitos políticos passivos, faz-se necessário ter ao menos 18 anos. Cabe aqui ressaltar, porém, que o exercício dos direitos políticos passivos não são tão simples, pois requerem uma compreensão bem mais ampla sobre as questões de nacionalidade e cidadania.

Na concepção de Miranda³, a nacionalidade pode ser entendida como “a qualidade do nacional, pessoa integrada a uma sociedade política”. Já a cidadania “é o conjunto de deveres que definem a situação desse nacional, também, pode ser entendida como poder de participação no governo ou administração, votando e sendo votado”. Com isso, o autor diferencia nacionalidade de cidadania, dando a esta uma abordagem bem mais ampla no que se refere ao Direito Eleitoral, pois a pessoa pelo simples fato de ser nacionalizada brasileira não poderá participar de seu governo efetivamente, mas o contrário não ocorre com aquele que obteve a cidadania brasileira.

Complementando essa abordagem, Cerqueira⁴ também diferencia nacionalidade de cidadania ao afirmar que:

A primeira é o vínculo que se estabelece entre a pessoa e o

³ Helio Miranda. A lei de inelegibilidade e a nova lei eleitoral ao alcance de todos. 2000, p. 123.

⁴ Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira. Direito Eleitoral Brasileiro. 2002, p. 35.

território estatal, por meio de nascimento ou da naturalização; A cidadania é o atributo político que decorre do direito de participar no governo e de ser ouvido pela representação política.

A partir das abordagens citadas anteriormente, percebe-se claramente que a nacionalidade cria um vínculo da pessoa com o país e a cidadania lhe confere o direito de participação na sua vida política.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 14, § 2º, estabelece que o alistamento eleitoral não é permitido aos estrangeiros e, durante o período de serviço militar obrigatório, aos conscritos, não podendo assim adquirir direitos políticos, condição ímpar para a elegibilidade.

No Brasil, os direitos políticos fundamentam-se no direito de sufrágio, pois este é a sua essência. Este direito baseia-se na capacidade de eleger e ser eleito, ou seja, na capacidade de votar (alistabilidade) e na capacidade de ser votado (elegibilidade).

No atual definição do Direito Eleitoral brasileiro, a elegibilidade pode ser compreendida como o direito individual de exercitar ações de campanha, relacionando-se à habilidade eleitoral ativa e passiva. Assim, possui elegibilidade quem tem as condições determinadas pela lei para disputar um mandato eletivo. Configura-se, assim, no direito do indivíduo de concorrer a cargos públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais.

A elegibilidade não se refere apenas ao direito de ser votado, mas inclui o direito de exercer atos de campanha eleitoral, conseguindo, por meio de seu nome, votos dos eleitores, desde que o candidato possua condições de elegibilidade, não incidindo em nenhum dos casos pré-determinados de inelegibilidade.

⁵ Djalma Pinto. Direito Eleitoral: anotações e temas polêmicos. 2000.

Para Pinto⁵, a elegibilidade pode ser entendida como capacidade eleitoral passiva baseada na probabilidade de o cidadão concorrer a dados mandatos políticos, mediante eleição popular, desde que possua os requisitos pré-determinados pelo cargo.

Pelo exposto, vê-se que a elegibilidade é um direito subjetivo, não abrangendo todas as pessoas nacionais, uma vez que possui teor característico e tempo determinado, além do que, nem todos os brasileiros são elegíveis. O ordenamento jurídico nacional determina algumas regras para o cidadão exercer o direito de ser votado, ao executar atos de campanha. Tais hipóteses, segundo Costa⁶, são chamadas de condições de elegibilidade, consistindo em requisitos essenciais ao registro da candidatura.

[...] elegibilidade é o direito subjetivo público de o cidadão concorrer às eleições para cargos públicos. Não é apenas o direito de ser votado, mas também o direito de praticar atos de campanha, angariando em seu nome os votos dos eleitores. A elegibilidade, assim, é um direito cívico, não pertencente a todos os nacionais, concedido pelo ordenamento jurídico para aqueles que cumpram determinados pressupostos estabelecidos, sem os quais ela não surgirá na sua esfera jurídica.

Há também as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos que se encontram elencados no art. 15 da Carta da República e que acarretam a perda do mandato eletivo, com a imediata cessação do seu exercício. Sobre o

⁵ Adriano Soares da Costa. Inelegibilidade e inabilitação no Direito Eleitoral. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n°37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1518>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

assunto o professor Alexandre de Moraes⁷, abordando o tema com extrema clareza nos ensina que:

“A perda dos direitos políticos configura a privação dos mesmos e ocorre nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal. Como consequência desta perda, o indivíduo retorna à situação de estrangeiro perdendo os direitos políticos, pois o atributo da cidadania é próprio dos que possuem em nacionalidade.”

[...]”A suspensão dos direitos políticos caracteriza-se pela temporariedade da privação dos direitos políticos.”

O constituinte de 1988 traz, nos §§ 10 e 11, do art. 14, a previsão constitucional da Ação de Impugnação do Mandato Eletivo (AIME) objetivando, segundo Nieves⁸, impugnar o mandato do candidato vencedor que se utilizou de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude durante sua campanha eleitoral.

A análise quanto à inelegibilidade é compreendida como a impossibilidade jurídica de concorrer a qualquer cargo eletivo. Complementando essa análise, Cândido⁹ afirma que:

⁷ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional. 2003, p.256/258.

⁸ Pedro Henrique Távora Nieves. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. 1996, p.77.

⁹ Joel J. Cândido. Op. Cit. p. 57.

Não basta, para que uma pessoa possa concorrer a qualquer cargo eletivo, que possua ela as condições de elegibilidade [...]. É mister ainda, que não incida ela em nenhuma causa de inelegibilidade. Estas, ao contrário daquelas que figuram em lei ordinária, só podem ser fixadas na própria Constituição Federal ou em Lei Complementar, tão-somente. Constituem-se em restrições aos direitos políticos e à cidadania, já que por inelegibilidade entende-se a impossibilidade, temporária ou definitiva, de uma pessoa ser eleita para um ou mais cargos eletivos.

Com isso, verifica-se a que a impossibilidade jurídica de concorrer às eleições é o que se denomina inelegibilidade, pouco importando se tal impedimento decorre do fato de não se ter obtido o registro da candidatura ou do fato de tê-lo perdido por seu cancelamento. Resumidamente, a inelegibilidade pode ser entendida como o estado jurídico de perda ou ausência da elegibilidade.

Assim, constata-se que a inelegibilidade é composta por circunstâncias que impedem o desempenho do sufrágio consagrado pela Constituição Federal de 1988. Não decorre apenas de sanções, mas podem representar um efeito jurídico *v.g.*, as relações de parentesco (art. 14º, § 7, da Constituição Federal). Sobre este assunto, transcrevemos abaixo o pensamento de Pinto:¹⁰

¹⁰ Djalma Pinto. *Op. Cit.* p. 39/40.

A configuração da inelegibilidade, inaptidão jurídica para receber voto, como propõe Tupinambá Miguel Castro, obsta a existência da candidatura, independente da manifestação do partido ou do próprio interessado. A ausência, pura e simples, de um dos requisitos da elegibilidade é que, neste caso, impede o seu surgimento e, por via oblíqua, de candidatura (PINTO, 2000, p. 39-40)¹¹.

Nessa concepção, percebe-se que a inelegibilidade é a impossibilidade trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro de uma pessoa pleitear o registro de sua candidatura a algum cargo público. É a impossibilidade do indivíduo exercer sua capacidade eleitoral passiva, ou seja, ele não poderá ser votado.

Dissertando sobre a origem e a conveniência da inelegibilidade, Motta¹² ressalta que para:

[...] defender a democracia contra prováveis e possíveis abusos, surgiu o instituto das inelegibilidades. Em sua origem, as inelegibilidades surgiam como medida preventiva, ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem-se a outro,

¹¹ *Idem. Ibidem. p. 39/40.*

¹² *Marianna Martini Motta. A interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca da inelegibilidade reflexa. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n°304, 7 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5177>>. Acesso em: 13. fev. 2009.*

assim como para eleger seus parentes. Para tanto, impediam suas candidaturas, assim como a de seus cônjuges ou parentes, por um certo lapso de tempo.

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 votado. Assim, é indubitável que as inelegibilidades surgem como exceções constitucionais e infraconstitucionais, dentro do contexto normativo vigente. A exceção merece tratamento exegético restritivo, conforme diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Para que o os eleitores, portadores de cidadania, possam concorrer aos cargos públicos eletivos, se faz necessário tenham eles elegibilidade, ou seja, o direito de praticar atos de campanha eleitoral e de ser votado. Logo, a elegibilidade é uma faculdade jurídica concedida a alguns nacionais para, durante um determinado período, pleitearem o voto dos eleitores, fazendo campanha política, pela qual mostrarão suas propostas, divulgarão os seus nomes e angariarão a preferência de parcela dos cidadãos. Tal faculdade culminará com o sufrágio, durante o qual colocarão os seus nomes para sofrerem o crivo do eleitorado.

Como se pode perceber, a elegibilidade (também chamada *ius honorum*) é um direito subjetivo com

conteúdo específico e duração determinada. Não é um estado indefinido, pertencente a todos os brasileiros. Não todos os nacionais são elegíveis, como por vezes se supõe. Ao revés, a elegibilidade apenas nasce num dado momento - adiante melhor explicitado -, sendo consumida durante a campanha eleitoral e se extinguindo nas eleições. Com o fim do prélio eleitoral, não há mais falar em elegibilidade, em direito de ser votado, eis que já terminada a eleição (COSTA, 2007, *on-line*)¹³.

Por todo o exposto, verifica-se que a inelegibilidade é a condição jurídica negativa de quem não tem elegibilidade, pois nunca teve ou, se tinha, a perdeu. O indivíduo que não possui elegibilidade por não ter o registro de candidatura em decorrência da ausência de um dos seus requisitos é considerado inelegível, ou seja, não possui o direito de ser votado. Nesse caso, observa-se a existência da inelegibilidade inata, comum aos indivíduos que não tenham qualquer um dos requisitos de elegibilidade, próprias ou impróprias, ou até que não possuam algum requisito de admissão ao processo de pedido de registro de candidatura.

Nesse contexto, verifica-se que a Lei Eleitoral nacional define a elegibilidade como o direito de disputar cargos públicos municipais, estaduais ou federais, podendo o cidadão ser votado, desde que haja o registro de sua candidatura, finalizando-se o pleito por meio da proclamação dos resultados da eleição.

¹³ Adriano Soares da Costa. *Op. Cit.* 2007.

1.2 Condições de Elegibilidade

As condições de elegibilidade são requisitos fundamentais ao registro da candidatura do indivíduo que deseja concorrer a um determinado cargo público. Sem essas condições a Justiça Eleitoral brasileira não tem como deferir o pedido de registro de candidatura da pessoa, negando, assim, a possibilidade do nacional adquirir a condição de elegibilidade.

Existem as condições de elegibilidade abordadas pela Carta Magna de 1988, no § 3º do art. 14. Além delas, porém, existem outros pré-requisitos de elegibilidade, antecipadas na própria Constituição Federal e em normas infraconstitucionais. Pinto¹⁴ afirma que, nesse caso, classificam-se as condições em próprias e impróprias.

As condições próprias seriam compostas pela nacionalidade brasileira, o integral exercício dos direitos políticos, o alistamento, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima exigível para o cargo a que se deseja concorrer.

No que se refere às condições impróprias, podemos relacionar a alfabetização (art. 14, § 4º), a desincompatibilização, especial para os chefes do executivo e para os militares (art. 14, §§ 6º e 8º e art. 1º, incisos II a VII da Lei Complementar nº 64/90), além da recomendação em convenção partidária. Essas espécies de condições de elegibilidade possuem essa denominação por não haver um discernimento capaz de discriminá-las, sendo assim classificadas apenas em decorrência de critério topológico, ou seja, as próprias são aquelas estabelecidas § 3º do art. 14 e, impróprias, todas as outras.

¹⁴ Djalma Pinto. *Op. Cit.*

Pelo exposto, depreende-se que as condições de elegibilidade – comungando ainda com as idéias de Cândido¹⁵ - não dependem de lei infraconstitucional, pois constantes do próprio texto, que lhes confere uma peculiaridade de imutabilidade, como, por exemplo, a condição de nacionalidade brasileira e a idade mínima para que um indivíduo possa pleitear um cargo político. Nesses termos, são relacionadas como condições de elegibilidade a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a exigência de idade mínima, de acordo com o cargo a que se está concorrendo.

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos, e os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Sobre o assunto, Cândido¹⁶ destaca que em qualquer uma destas hipóteses acima, o indivíduo pode se inscrever e, quando inscrito, poderá votar. Finaliza por dizer que é impossível um elegível não ser eleitor, mas o inverso não ocorre, pois existem casos em que não basta ao cidadão possuir as condições de alistabilidade, sendo também necessário que o mesmo não incida em nenhuma causa de ineligibilidade prevista na CF/88, posteriormente regulamentada pela Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, configurando-se tal causa como uma barreira intransponível à elegibilidade.

No que se refere à nacionalidade brasileira, o autor destaca que os cargos privativos de brasileiros natos são aqueles elencados taxativamente no §3º, do art. 12, da Constituição Federal de 1988.

¹⁵ Joel J. Cândido. *Op. Cit.*

¹⁶ *Idem. Ibidem.*

Com relação ao domicílio eleitoral o art. 55 do Código Eleitoral determina que, em caso de mudança de domicílio, deverá o eleitor requerer a transferência do seu domicílio no prazo mínimo de cem dias antes da data da eleição, além do atendimento de mais duas exigências: houver transcorrido mais de um ano da inscrição primitiva e a exigência de residência mínima de três meses no novo domicílio, não se aplicando as duas últimas exigências quando se tratar de transferência de título eleitoral de servidor público civil, militar, autárquico, ou de membro de sua família, por motivo de remoção ou transferência.

Sobre o processo de filiação partidária, assunto tão debatido e disseminado através dos principais meios de comunicação de mídia em âmbito nacional, Cândido¹⁷ destaca que:

Também é da lei ordinária a missão de estipular o prazo mínimo de filiação para cada eleição, valendo, também aqui, a recomendação de que a lei o faça de modo permanente, para todos os cargos eletivos. Esta condição de elegibilidade, como a do domicílio eleitoral, a está a descoberto de uma regulamentação completa e moderna, o que não pode continuar, sob pena de descumprimento indireto do próprio texto constitucional. O que existe em vigor, atualmente, como norma permanente, é o art. 18 da Lei nº9096/1995, que revogou o disposto no art. 1º da Lei nº7454, de 30 de dezembro de 1985.

¹⁷ *Idem. Ibidem. p. 118.*

A exigência de idade mínima varia de acordo com o cargo eletivo a que se está concorrendo, sendo a idade mínima exigida dezoito e a máxima de trinta e cinco anos, conforme art. 14, §3º, III, da CF/88, abaixo transcrito:

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
- b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
- d) dezoito anos para Vereador.

A Constituição Federal, em seu art.14, § 3º, elenca todas as condições de elegibilidade exigidas, porém, ao analisar referido assunto, Costa¹⁸ faz a seguinte ressalva:

Ora, se é certo que a Constituição pareceu dispor em *numerus clausus* sobre as condições, não há negar, por outro giro, que os parágrafos 4º, 6º, 7º e 8º do art.14 também trataram de pressupostos para o registro de candidatura, inobstante sem o rigor científico necessário. Mas tal cuidado técnico não é assim tão exigível do Constituinte, mas sim dos intérpretes da Carta, os quais devem explicitar o

¹⁸ Adriano Soares da Costa. *Op. Cit.*

exato sentido do texto normativo, encoberto pela linguagem legal.

Nesse contexto, é válido ressaltar que, mesmo não previstos no dispositivo do § 3º, do art. 14 da Carta Magna de 1988, tanto o alistamento eleitoral como a exigibilidade de alfabetização (§4º da CF/88) são condições de elegibilidade, bem como a ausência de qualquer dos requisitos constantes dos §§ 6º, 7º e 8º do mesmo artigo serão causas determinantes de inelegibilidade, impossibilitando o candidato a pleitear qualquer cargo público.

Segundo Pinto¹⁹, as incompatibilidades provindas do desempenho de alguns cargos políticos públicos *lato sensu* ou da existência de algum grau de parentesco do indivíduo com políticos exercendo cargo público, para critérios de candidatura para mandatos eletivos, objetivam a preservação da isonomia do pleito entre os candidatos, a fim de evitar o beneficiamento para alguns em detrimento de outros. Assim, decorrência da natureza ética que o processo eleitoral deve ter é exigida a desincompatibilização do cargo para que possa conseguir o registro de sua candidatura, desembaraçando-se de sua posição lucrativa.

Nesse caso, a desincompatibilização diz-se própria, quando o brasileiro que tenciona candidatar-se a cargo eletivo, por iniciativa própria, tende a afastar-se do cargo ou posto conflitante com a elegibilidade. Pode ainda ser de terceiros, quando é parente que tem a capacidade de eliminar a incompatibilidade do nacional, que toma a iniciativa de se afastar do seu cargo ou da função pública.

Quando realizada por ato pessoal é chamada de autodesincompatibilização e, quando feita por terceiros, é classificada como heterodesincompatibilização. A incompatibilidade não é uma pena consagrada ao indivíduo nacional, mas uma barreira que deverá ser transposta para

¹⁹ Djalma Pinto. *Op. Cit.*

que ele possa obter o registro de sua candidatura, pelo qual verá nascer em seu domínio jurídico o direito de ser votado.

Conforme afirmado anteriormente, a Lei Complementar nº64, de 18 de maio de 1990, traz, em seu art. 1º, as condições de inelegibilidade para todos os cargos políticos, como Presidente e Vice, Governador e Vice, Prefeito e Vice, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador. Sucintamente, pode-se afirmar que as principais condições de elegibilidade são: a nacionalidade, o exercício dos direitos políticos, o alistamento, a filiação partidária, o domicílio eleitoral e a idade mínima exigida.

Em tese, estas situações seriam as únicas que impediriam o eleitor de ser votado, porém a realidade é um pouco diferente, pois existem outras condições legalmente determinadas. O certo, no entanto, é que esses pressupostos são exigidos para que uma pessoa possa registrar sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

Importante destacar que além das condições de elegibilidades previstas na Constituição Federal de 1988 e em lei própria, a indicação em convenção partidária é também um pressuposto legal indispensável para que o indivíduo filiado a partido político obtenha o registro de sua candidatura junto ao Tribunal Regional Eleitoral, não obstante seja uma exigência prevista em lei ordinária. Não basta, conseqüentemente, a filiação em partido político para que o nacional obtenha o registro de sua candidatura, é fundamental que seu nome seja indicado e aprovado em convenção partidária a fim de concorrer a um mandato eletivo.

Existem as indicações tidas como obrigatórias em convenção, que ocorrem quando a lei destina a indicação, preliminarmente, para alguns filiados que já são detentores de mandatos eletivos - as chamadas candidaturas natas - não obstante, mesmo as indicações obrigatórias terem de ser indicadas em convenção, sob pena de o candidato beneficiário ser prejudicado. Entretanto, caso não haja indicação em convenção, o possuidor da candidatura nata pode entrar com ação própria na Justiça Eleitoral para

resguardar seu direito de prioridade.

Ao resumir as principais condições de elegibilidade, Costa²⁰ destaca que:

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) (grifos do autor).

Já foi visto que o direito de exercer atos de campanha e de ser votado decorre do fato jurídico do registro de candidatura do indivíduo nacional. Aquele que não obtiver o direito de disputar cargo eletivo não poderá participar do prélio eleitoral, sendo, por conseguinte, inelegível. Desse modo, pode-se dizer que a inelegibilidade é a inexistência de elegibilidade, usual a todos os nacionais que não a tenham alcançado por meio do registro de candidatura. Pelo exposto, conclui-se que a regra é a inelegibilidade, sendo a

²⁰ Adriano Soares da Costa. *Op. Cit.*

elegibilidade, a exceção.

1.3 Classificação da Inelegibilidade

No atual ordenamento jurídico brasileiro existem duas classificações de inelegibilidade: a inata e a cominada.

A inelegibilidade inata também é chamada de originária, pois é comum a todos os brasileiros que não possuam registro de candidatura, assunto de fácil compreensão, uma vez que decorre da inexistência de uma ou mais condições de elegibilidade, por exemplo, caso não tenha conseguido obter o registro de candidatura, a pessoa torna-se inelegível, não podendo ser votado, nem exercer legalmente atos de campanha, buscando angariar votos em seu próprio nome. Com isso, vê-se que este tipo de inelegibilidade é regra e não é efeito de qualquer ato ilícito, mas decorre apenas do registro de sua candidatura (COSTA, 2004)²¹.

Já a inelegibilidade cominada pode ser classificada em simples ou potencial. Com a inelegibilidade cominada simples, a sanção aplicada refere-se, apenas, a eleição do fato ilícito que ocorreu. No caso da inelegibilidade cominada potenciada vê-se sua aplicação nas eleições em que ocorrem em dado trato de tempo determinado por lei.

Ao resumir os dois tipos de inelegibilidade, Costa²² destaca que:

A inelegibilidade cominada pode ser aplicável na eleição em que o fato ilícito se deu, implicando a perda ou impossibilidade da elegibilidade para essa eleição; ou pode ser para eleições futuras, a ocorrerem dentro do trato de tempo fixado para a sua

²¹ Adriano Soares da Costa. *Instituições de Direito Eleitoral*. 2004.

²² *Idem*. *Op. Cit.* 2007.

duração. No primeiro caso, estamos diante da inelegibilidade cominada simples (ou para essa eleição); e, no segundo, diante da inelegibilidade cominada potenciada (ou para as eleições futuras).

Dessa forma, verifica-se que a inelegibilidade inata abrange todos os brasileiros, a cominada simples refere-se a apenas uma eleição e a cominada potenciada é aquela aplicada a diversos períodos, conforme determinado em lei.

1.4 Causas de Inelegibilidade estabelecidas na Lei Complementar nº 64/90

Objetivando-se evitar a improbidade administrativa e preservar a moralidade durante o mandato, considerando-se a vida política anterior do candidato e a normalidade das eleições contra a influência da força econômica ou abuso do exercício de cargo administrativo direto ou indireto, foi instituída em maio de 1990 a Lei Complementar nº 64, trazendo em seu bojo os seguintes casos de inelegibilidade, aplicáveis à qualquer cargo político:

- 1) Os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura;
- O Governador e o Vice-Governador de

Estado e do Distrito Federal, o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 3 (três) anos subseqüentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

- os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

- os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

- os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 4 (quatro) anos;

- os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5

(cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

- os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;
- os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

2 - CAUSAS ESPECIAIS DE INELEGIBILIDADE:

Ao analisar as causas especiais de inelegibilidade tratados na Lei Complementar nº 64/90, Cerqueira²³ destaca os casos do servidor da Justiça Eleitoral, dos Membros dos Conselhos Tutelares, da desincompatibilização entre prefeito e vice-prefeito e do cônjuge e parentes referidos no § 7º do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

2.1 Servidor da Justiça Eleitoral

A inelegibilidade do servidor da justiça eleitoral é

²³ Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira. *Op. Cit.*

bastante controversa, tanto na doutrina como na jurisprudência disponível, pois as opiniões baseiam-se em diferentes abordagens e não existe uma base constitucional sólida sobre o assunto. Acerca do tema, destaca-se o Acórdão nº19.928, ao afirmar que:

DIREITO ELEITORAL. SERVIDOR DA JUSTIÇA ELEITORAL. FILIAÇÃO. CANDIDATURA. REGISTRO. PRAZO. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE NÃO SATISFEITA. RECURSO DESPROVIDO. I - A filiação partidária com antecedência mínima de um ano das eleições é condição de elegibilidade sem a qual não poderá frutificar pedido de registro (art. 18 da Lei nº. 9.096/95).

II - O servidor da Justiça Eleitoral, que não pode “exercer qualquer atividade partidária, sob pena de demissão”, para candidatar-se a cargo eletivo, deverá afastar-se do serviço público com tempo hábil para cumprimento da exigência de filiação partidária (TSE, RESPE nº. 19.928, Ac. nº. 19.928, de 3.9.2002, Rel. Min.Sálvio de Figueiredo).²⁴

O acórdão enfrentou o assunto sob dois focos principais: a ausência de disciplinamento constitucional da condição de elegibilidade para os servidores públicos da

²⁴ Acórdão nº19.928.

Justiça Eleitoral e a isonomia entre os servidores públicos gerais. Todavia, o estatuto dos servidores públicos federais adota, como regra geral, o prazo de três meses de desincompatibilização. Assim, a decisão está a exigir prazo de um ano de desincompatibilização, considerando o art. 366 do Código Eleitoral²⁵.

A inelegibilidade dos servidores públicos em exercício é tratada na Lei Complementar nº64/90, art. 1º, II, considerando que é aplicada a referida lei em caso de eleições municipais quando o servidor possuir vínculo com o órgão municipal que opere localmente.

A fim de excluir esta possibilidade, é necessário que se afaste de seu cargo antes da realização das próximas eleições, conforme período previsto, tendo direito à remuneração integral durante todo o tempo em que ficar afastado. Mas, a administração do órgão público pode subordinar a continuação deste afastamento remunerado “à prova, no termo do prazo respectivo, do pedido de registro da candidatura; definitivamente indeferido o registro, cessa o direito ao afastamento”. No entanto, não é permitido o afastamento remunerado de titulares de cargos comissionados, conforme previsto nos termos do art. 1º, II, I, da Lei Complementar nº. 64/90. Por outro lado, se o afastamento do cargo público não for condição *sine qua non* à elegibilidade, pois não incidente a regra de desincompatibilização, referido afastamento caracterizar-se-á como licença para atividades políticas, regida pela Lei nº8112/90.

Ao defender a inelegibilidade do servidor público, Brahuna,²⁶ por meio da Resolução nº74/94, menciona que:

²⁵ Edson de Resende Castro. *Op. Cit.*, p.112.

²⁶ Constantino Augusto Tork Brahuna. Resolução nº074/94. Disponível em:<<http://www.tre-ap.gov.br/unidades/sejud/resoluc/res074.doc>>. Acesso em: 13. fev. 2009.

O servidor público, pelo traço típico de vinculação ao Estado que lhe conferiu a doutrina contratualista de Kaemmerer, [...] a que aderiram no Brasil, Carvalho de Mendonça, Clóvis Beviláqua, Bento de Varias e outros, tem relação de subordinação ao ente estatal, segundo condições previstas em normas e regulamentos, normas essas de natureza estatutária ou não estatutária. Isso quer dizer: o servidor público será funcionário público ou servidor público, - assim entendido os celetistas com vínculo aos órgãos da Administração Pública Direta e Autárquica, - ou será empregado público. Em qualquer de tais categorias, terá sempre vínculo subordinativo à Administração recebendo, por isso, remuneração de natureza estipendiária.

Nesse caso, considera-se que os servidores da Justiça Eleitoral que quiserem candidatar-se deverão pedir afastamento, no mínimo, no mesmo prazo da filiação partidária, que é um ano antes da data do primeiro turno das eleições (primeiro domingo de outubro do ano eleitoral). No entanto, a remuneração só será percebida nos prazos fixados estatutariamente, ou seja, em regra geral três meses antes da data das eleições e após a escolha em convenção do nome do pré-candidato serventuário.

Vale ainda destacar que o uso de licença-prêmio/férias por parte do servidor público estatutário, ou não, incluindo os titulares de cargo de possível exoneração, pode ser analisado como afastamento, para os fins do exigido no art.

1º, II, I, da Lei Complementar nº64/90.

2.2 Membros do Conselho Tutelar

Ponto ainda relevante é o fato de alguns doutrinadores defenderem que os membros dos Conselhos Tutelares não estão submetidos à inelegibilidade por não serem considerados servidores públicos à luz da Lei Complementar nº64/90, em decorrência da natureza jurídica das funções que exercem (TSE, Resolução nº14.625, de 19.04.94. Rel. Min. Walter Medeiros, in JTSE 6/388).

Sobre o assunto, Francisco de Assis Vieira Sanseverino, Procurador Regional Eleitoral, tece as seguintes considerações:

Vínculo jurídico com órgão municipal de caráter administrativo. Não se trata de agente político, os quais integram os órgãos superiores do governo (...). O Conselheiro tutelar não é agente político, nem é possível – ‘data venia’ do entendimento contrário – equipará-lo a tanto, na medida em que não integram órgão superior do Governo Municipal. Trata-se de agente administrativo por integrar órgão da Administração Pública; é servidor público, em sentido amplo, porque mantém vínculo jurídico com órgão que integra a administração pública municipal (SANSEVERINO, 1994, p. 6).²⁷

²⁷ Francisco de Assis Vieira Sanseverino, Procurador Regional Eleitoral Proc. Nº 22001800 - Classe 22. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/index2.php?p=decisooes&a=decisooes.php&acd=1.810/2006>>. Acesso em: 13. fev. 2009.

Contrariamente à opinião supracitada, Mello²⁸ ressalta que é “verdade que não é funcionário público, *stricto sensu*, na medida em que não se vincula a estatuto próprio de servidor. Não é servidor regido por regime da CLT”.

De opinião semelhante à Sanseverino, o Desembargador Luiz Melíbio Uiraçaba Machado por meio do julgamento do Processo CI, VII, nº08/96, destaca que:

O vínculo do Conselheiro Tutelar é mais intenso com a política partidária do que o dos outros funcionários. E o que se pretende é evitar que alguém, no exercício da função pública, se valha da função para fazer sua campanha eleitoral. O afastamento parece ser de toda conveniência, principalmente no Conselho tutelar. Neste particular, não precisaríamos entrar no aspecto jurídico do tipo de vínculo que o Conselheiro tem com o município. O certo é que exerce uma função pública

A análise da inelegibilidade do membro de Conselho Tutelar requer bastante atenção, merecendo destaque o fato que este cargo pode promover a realização de suas resoluções, requisitando serviços públicos de áreas diversas, assim como representar o juiz em determinados casos, podendo também ser considerados servidores ou funcionários públicos por estarem submetidos à Lei nº8.429/

²⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/index2.php?p=deciso&a=deciso&acd=1.810/2006>>. Acesso em: 13. fev. 2009.

92. Em complemento a esta análise, tem-se que:

O conselheiro tutelar é um servidor público cuja função relevante (art. 135 do ECA) dura enquanto durar seu mandato de três anos, renovável por mais três. Mesmo remunerado, o trabalho que executa não gera vínculo empregatício com a Municipalidade. Não é regido pelas leis trabalhistas, porque não é empregado. Sua função relevante é regida por norma geral federal (Estatuto), e pode, nos termos dessa mesma norma geral, nem ser remunerado. A lei municipal deve prever (art. 134, parágrafo único, do ECA) no orçamento recursos para a manutenção do Conselho, aí incluída a função gratificada de conselheiro". O conselheiro tutelar não terá regime funcional qualificado como estatutário ou de prestação de serviços de terceiros, porque é escolhido pela comunidade, com mandato certo. A ninguém ficará subordinado administrativamente. Prestará seu trabalho de acordo com a determinação legal, e só a ela estará obrigado. Contudo, seu trabalho poderá ser fiscalizado pelo Ministério Público e pela autoridade judiciária. (Juízes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: PRELIMINARMENTE, por

unanimidade, EM REJEITAR A PREFACIAL DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO. NO MÉRITO, por unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Intimem-se. Porto Alegre, 27 de novembro de 1997. JOSÉ FERNANDO EHLERS DE MOURA - Presidente NIRES MACIEL DE OLIVEIRA -Relatora MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ACÓRDÃO 96.017459-1 RO FI.1.No mesmo sentido, Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino Op. Cit. Pág. 139.defendem, escorados na lição de Edson Seda).

Diante do exposto, verifica-se que as opiniões abordam concepções diferentes e que os doutrinários adotam uma postura de afirmar que os membros do Conselho Tutelar não são funcionários/servidores públicos, enquanto que a jurisprudência possui tendência contrária.

2.3 Desincompatibilização entre Prefeito e Vice-prefeito

Ao analisar o terceiro caso especial de inelegibilidade, ou seja, a desincompatibilização²⁹ entre prefeito e vice-prefeito, Miranda (2000, p. 134) destaca a existência de

²⁹ É o ato de afastamento do cargo, função ou emprego, nos casos e prazos expressamente previstos na Lei Complementar 64/90, devendo ser feito mediante: a) renúncia ou exoneração, nos casos em que a lei exige o afastamento definitivo do cargo; b) comunicação por ofício devidamente protocolizada junto ao órgão onde desempenha as suas funções, nos casos em que a lei exige simples licenciamento.

jurisprudência precedente do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que o vice-prefeito não precisa se desincompatibilizar para concorrer à reeleição.

De fato, não seria razoável a exigência da desincompatibilização dos vices dos executivos federal, estadual e municipal para a postulação de um segundo mandato eletivo, pois essa não é exigida sequer dos titulares. A solução referente aos titulares dos mandatos do executivo deve ser ampliada por princípio isonômico ao vice, considerando que os direitos políticos não podem ser restringidos quando não há expressa menção constitucional, além da estrita vinculação das eleições realizadas e chapa una e indivisível. Destaca-se, ainda, a resolução nº 19.952, de 2 de setembro de 1995, relator ministro Néri da Silveira e, em igual sentido, as de nº 19.953, 19.954 e 19.955, e os acórdãos nº 159/98 e nº 230/98 do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

O vice-prefeito que substitui ou sucede o prefeito nos seis meses anteriores ao pleito poderá concorrer ao mandato eletivo de prefeito. Neste sentido, são as decisões do TSE, acórdão nº 17.568, de 3 de outubro de 2000, e a interpretação dada ao art. 1º, §2º, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, além do disposto na resolução nº 20590, de 30 de março de 2000, relator Min. Eduardo Alckmin.

Vê-se, na hipótese ora analisada, a possibilidade do vice conquistar o direito de postular sua candidatura ao mandato do titular, pelo fato de sucedê-lo ou substituí-lo nos seis meses que antecedem as eleições (período suspeito). A sucessão é a própria assunção ao mandato principal da chapa “una e indivisível”. A unidade da chapa permite aos seus integrantes o *status civitatis* da capacidade eleitoral passiva em ambos os cargos, constituindo-se numa ampla adoção do princípio da reeleição tratado no §5º do art. 14

da CRFB. No entanto, se o vice sucede, ele estará sendo o próprio titular, enquanto, se ele substitui, não perde o mandato de vice, mas apenas se afasta temporariamente do exercício desta função. Assim, a sucessão é a assunção definitiva de outro mandato e a substituição é da natureza provisória ou precária.

CONSULTA. VICE-PREFEITO REELEITO.

DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PARA CONCORRER A CARGO DE DEPUTADO FEDERAL.

CANDIDATURA A VICE-PREFEITO.

IMPOSSIBILIDADE. Vice-prefeito reeleito em 2000, ainda que tenha se desincompatibilizado para se candidatar a deputado federal em 2002, não pode candidatar-se ao cargo de vice-prefeito novamente em 2004, pois restaria configurado um terceiro mandato sucessivo, o que é vedado pelo art. 14, § 5º, da Constituição Federal. Precedentes. (TSE, CTA nº 897, Res. n.º 21.480, de 2.9.2003, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie Northfleet)

O vice-prefeito que sucede o prefeito, a rigor, deixou de ser o vice para ser o próprio titular, mas não perdeu o direito “adquirido” de concorrer à vice, desde que ele esteja no primeiro mandato, apenas adquiriu a possibilidade de ser candidato a titular do executivo. Sobre o assunto, colacionamos a jurisprudência abaixo transcrita:

RECURSO ELEITORAL - REGISTRO DE CANDIDATO - INELEGIBILIDADE

- IMPROVIMENTO.

- A interrupção de mandato eletivo por renúncia de prefeito, com eleição indireta de substituto para o cargo declarado vago, não caracteriza novo mandato, que no atual sistema eleitoral brasileiro é de quatro anos (C.F., art. 29, I).

- Prefeito eleito indiretamente para cumprir o mandato do irmão renunciante, que se encontrava no exercício do primeiro mandato, pode concorrer à reeleição, como poderia o substituído, independentemente de desincompatibilização (C.F., art. 14, § 5º). Recurso improvido. Sentença mantida. (TRE-CE, RRC nº. 11.075, Ac. nº. 11.075, de 9.8.2004, Rel. Juiz Antônio Abelardo Benevides Moraes)

A esse respeito é interessante analisar que caso um prefeito já tenha sido reeleito, não poderá se candidatar novamente como vice-prefeito, uma vez que se concretizaria a realização de um terceiro mandato consecutivo contrariando o art. 14º, § 5º, CF/88, sendo considerado, por conseguinte, um caso de inelegibilidade absoluta. Com a mesma interpretação, o prefeito reeleito que foi cassado em seu segundo mandato não pode concorrer ao mesmo cargo e no mesmo município, pois se configuraria em um terceiro mandato eletivo local.

Importante também destacar que o Prefeito e/ou Vice-Prefeito reeleitos, ao renunciarem no decorrer do segundo mandato, estarão impedidos de concorrer ao mesmo cargo e no mesmo município, pois novamente a Constituição Federal de 1988 entendeu como uma tentativa ao terceiro mandato.

2.4 Cônjuges e Parentes

Analisando posições mais atuais do Tribunal Superior Eleitoral sobre as regras de inelegibilidades próprias e reflexas, Ramayana³⁰ afirma que o cônjuge e os parentes referidos no §7º do art. 14 da Constituição Federal são inelegíveis para a sucessão do Presidente da República e dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, salvo este, não tendo sido reeleito, se desincompatibilizar 6 (seis) meses antes da eleição. Desse modo, percebe-se que caso não tenha havido reeleição e ocorra a desincompatibilização no prazo acima mencionado, ficam as pessoas citadas liberadas para fins de sucessão ao mandato eletivo, caso contrário, não é possível a sucessão. Neste sentido é regra em precedente do art. 14, §2º da resolução do TSE 22.156/06.

(...) O descendente até 2º grau do governador pode candidatar-se ao cargo de vice-governador desde que o governador esteja no primeiro mandato e tenha renunciado até seis meses antes da eleição (Res. nº. 20.949, de 6.12.2001, rel. Min. Luiz Carlos Madeira).

O §3º, do art. 14 da resolução do TSE 22.156/06 não gera vedação para que os parentes referidos no §7º do art. 14 da Constituição Federal possam concorrer a mandato eletivo diverso do Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal (não é o caso de sucessão) dentro da mesma circunscrição, mesmo que o chefe do executivo esteja no seu segundo mandato (reeleição). Faz-

³⁰ Marcos Ramayana. *Op. Cit.* p. 154.

se necessário, porém, que ele renuncie até 6 (seis) meses antes da eleição, a fim de que seu parente fique liberado para concorrer ao pleito.

Diante do exposto, não se pode olvidar que a interpretação do Tribunal Superior Eleitoral é sempre no sentido de que não pode haver candidatos do mesmo núcleo familiar ocupando mandatos de forma continuada e por três vezes consecutivas.

Consulta. Prefeito. Falecimento. Parentes. Eleições subseqüentes. Inelegibilidade para o mesmo cargo. 1. Em caso de morte do prefeito, seus parentes, até segundo grau, consangüíneos ou afins, são inelegíveis para o mesmo cargo, nas eleições subseqüentes; 2. Se a morte ocorrer antes dos seis meses anteriores ao pleito, os parentes são elegíveis para cargo diverso daquele ocupado pelo falecido; 3. Sendo os parentes ocupantes de cargo eletivo, poderão se candidatar a reeleição, incondicionalmente. (...) (Res. nº. 20.604, de 25.4.2000, rel. Min.Edson Vidigal; no mesmo sentido a Res. nº. 20.474, de 21.9.99, rel. Min.Edson Vidigal, e os acórdãos nºs 17.199, de 26.9.2000, rel. Min.Nelson Jobim, red. designado Min.Garcia Vieira, 16.866, de 28.9.2000, rel. Min.Garcia Vieira, e 15.336, de 22.9.98, rel. Min.Costa Porto.

Mediante a análise da citação acima, observa-se que nem mesmo em caso de falecimento o parente pode candidatar-se, ao mesmo cargo, pois a caracterização da inelegibilidade especial ainda perdura.

Consulta. Presidente da República, governador ou prefeito falecido no primeiro ano do mandato. Com a dissolução da sociedade conjugal, fica definitivamente afastada a inelegibilidade do ex-cônjuge e dos parentes consangüíneos deste, afins do falecido, subsistindo a inelegibilidade, dos demais parentes, obviamente até o segundo grau, tão-somente para o mesmo cargo, já que, na situação descrita, nada impede que concorram a cargo diverso, no mesmo território de jurisdição. Consulta respondida nos termos expostos (Res. nº. 19.336, de 22.8.95, rel. Min. Ilmar Galvão; no mesmo sentido a Res. nº. 19.490, de 26.3.96, rel. Min. Ilmar Galvão.)

Por outro lado, doutrina e jurisprudência concordam que parentes de Ministros de Estado não possuem inelegibilidade, até segundo grau ou por adoção, para serem eleitos a este cargo, pois compreendem que não depende de escolha popular.

Outro caso que merece destaque é o fato de que se um Município for desmembrado, nenhum parente do Prefeito poderá candidatar-se ao mandato de Prefeito do Município recém-desmembrado, a não ser que haja a desincompatibilização do prefeito nos seis meses anteriores

ao pleito. Também não ocorre inelegibilidade com o concunhado do Prefeito ou Governador, assim como com o ex-genro, desde que devidamente divorciado.

No que se refere ao concubinato, a jurisprudência disponível possui opiniões distintas. Conforme o Acórdão nº 13.610, de 1º de outubro de 1996, “Registro de candidatura. Concubinato da atual Prefeita. Violação ao princípio da ampla defesa não configurado. Recurso não conhecido.” *NE*: “É inelegível ao cargo de Vice-Prefeito o concubino da atual Prefeita” (*rel. Min. Eduardo Alckmin.*). Por outro lado, tem-se que “(...) Concubina de Vice-Prefeito é elegível, no mesmo Município, para o mesmo cargo, desde que o Vice-Prefeito não haja substituído o titular do cargo nos seis meses anteriores ao pleito. (...)” (*Res. nº. 19.573, de 28.5.96, rel. Min. Ilmar Galvão.*)

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pelo exposto ao longo do presente trabalho acadêmico pode-se afirmar que a proposta inicial foi alcançada, pois os objetivos traçados foram atingidos e as questões levantadas respondidas.

Para isso, foram analisados os casos especiais de inelegibilidade previstos pela Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº64, de 18 de maio de 1990. Eles foram identificados como sendo de servidor público, de desincompatibilização entre Prefeito e Vice-Prefeito e os casos de parentesco. Da mesma forma, foram verificadas as diversas possibilidades de suas ocorrências, analisando-se a doutrina e da jurisprudência disponível sobre o tema, confrontando-as e comparando os principais resultados obtidos com a pesquisa.

Da análise dos fatos constatou-se que alguns casos de inelegibilidade existentes funcionam como uma maneira

de resguardar o próprio processo eleitoral, vez que preserva os direitos políticos dos cidadãos e evita a perpetuação do poder político nas mãos de poucos. Dessa forma, busca-se diminuir a antiga prática do “coronelismo”, atualmente, configurado como “clientelismo”, onde um pequeno grupo, em troca de apoio político e perpetuação no poder, adota práticas assistencialistas utilizando-se da máquina governamental em municípios de extrema carência, como ocorre no sertão nordestino.

As inelegibilidades correlacionam-se diretamente com a democracia, pois possuidoras de um fundamento ético evidente, não podendo ser entendidas como um moralismo desgarrado da base democrática do regime que se instaure. No mais, vale ressaltar que não é com a mera rejeição de candidaturas que se garante a moralidade e a probidade da Administração Pública, sendo extremamente relevante a conscientização da população para a importância de se eleger representantes aptos e, sobretudo, de fiscalizar sua atuação.

Por todo o exposto, verifica-se que o trabalho alcançou plenamente sua proposta inicial, tendo em vista a complexidade e as peculiaridades do tema ora em análise. Vale a pena ressaltar que referido tema poderá ser aperfeiçoado em uma pesquisa futura, desde que focada em um único caso especial de inelegibilidade, utilizando-se todo material teórico disponível quando de sua realização, abrangidas as três esferas de poder: federal, estadual e municipal.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral brasileiro**. São Paulo: Edipro, 2003.
Direito Penal Eleitoral e Processo Penal Eleitoral. São Paulo: Edipro, 2005.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do Direito Eleitoral**. 2 ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rei, 2002.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 5 ed. Belo Horizonte; Del Rei, 2004.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Mini Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 1993.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

MIRANDA, Helio. **A lei de inelegibilidade e a nova lei eleitoral ao alcance de todos**. Curitiba: Juruá, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NIEES, Pedro Henrique Távora. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**. São Paulo: Edipro, 1996.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Impetus, 2006.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: anotações e temas polêmicos**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRAHUNA, Constantino Augusto Tork. **Resolução nº074/94**. Disponível em: <<http://www.tre-ap.gov.br/unidades/sejud/resoluc/res074.doc>>.

Acesso em: 13 fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20E7ao.htm>. Acesso em: 15 fev.2009.

. **Lei Complementar nº 64/1990**. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/legislacao-e-jurisprudencia/normas-eleitorais/lei-complementar-n-641990/index.html>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

PERIÓDICOS:

COSTA, Adriano Soares da. **Inelegibilidade e inabilitação no Direito Eleitoral**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, nº37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1518>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

LEONARDO, Patrícia Xavier; marmo, ana carolina. adolpho gordo e bertha lutz: **A Luta pelo Voto Feminino**. Disponível em: <<http://www.centrodememoria.unicamp.br/arqhist/votofem.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

MARTINEZ, Vinício C.. **Estado Democrático**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5497>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **O princípio democrático no ordenamento jurídico brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, nº 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=62>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/index2.php?p=decisoes&a=decisoes.php&acd=1.810/2006>>. Acesso em: 13.fev. 2009.

MOREIRA, Ricardo. **Sistema eleitoral brasileiro: evolução histórica**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3468>>. Acesso em: 17 jan. 2009.

MOTTA, Marianna Martini. **A interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca da inelegibilidade reflexa**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº304, 7 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5177>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Procurador Regional Eleitoral **Proc. Nº 22001800 - Classe 22**. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/index2.php?p=decisooes&a=decisooes.php&acd=1.810/2006>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **A Emenda Constitucional nº 45/04 e o princípio da celeridade ou brevidade processual**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 669, 5 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6676>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS: LIMITES E NATUREZA JURÍDICA DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR¹

Igor Diniz Gondim

*Aluno da Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) – turma IV
Analista Judiciário de Entrância Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 - O Poder constituinte derivado. 2.1 - Conceito de poder constituinte derivado. 2.2 - Natureza do poder constituinte derivado. 2.3 - Titularidade do poder constituinte derivado. 2.4 - Modalidades do poder constituinte derivado. 2.5 - Revisão constitucional. 3 - As emenda à Constituição. 3.1 - Limitações formais. 3.2 - Limitações circunstanciais. 3.3 - Limitações temporais. 3.4 - Limitações materiais explícitas. 3.5 - Limitações materiais implícitas. 3.6 - Controle de constitucionalidade. 3.7 - As situações jurídicas consolidadas. 4 - O “espírito” da Constituição. 5 – Conclusão. 6 – Referências bibliográficas.

RESUMO: O Direito Constitucional pátrio detém particularidade excêntrica, caracterizando-se pela facilidade de alteração da Constituição de 1988 pelo legislador constituinte derivado. A sociedade não pode ser encarada como algo estático. Por se dinâmica, exige uma Constituição que com ela evolua. Para solucionar esse desequilíbrio, o legislador constituinte originário criou as emendas à Constituição, com o propósito de contornar situações excepcionais, desde que obedecidas algumas imposições. Nesse contexto, aborda-se a submissão da emenda

¹ Este artigo científico foi elaborado em janeiro de 2009, sob a orientação do Professor Judicael Sudário de Pinho, Mestre em Direito Constitucional.

constitucional ao crivo do controle de constitucionalidade e as situações jurídicas consolidadas: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Por fim, demonstra-se a finalidade desvirtuada dada ao poder de reforma pelos governantes, acarretando um afronta ao “Espírito” da Constituição e descrédito em relação à Lei Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda constitucional. Poder constituinte derivado. Controle de constitucionalidade. Cláusulas pétreas.

1 - Introdução

O presente artigo tem como objeto de estudo a natureza jurídica do poder constituinte derivado reformador, bem como os limites, materiais e formais, explícitos ou implícitos, a ele impostos.

O art. 60 da “Lex Legum” impõe tais limitações, tornando o poder constituinte derivado, portanto, subordinado, condicionado e limitado a um outro poder, que é o constituinte originário.

A despeito de haver ou não hierarquia entre as normas advindas do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado, o controle de constitucionalidade das normas por este último criadas será possível, tendo em vista ser a emenda constitucional uma das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal.

O legislador originário, ao tratar das chamadas “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, CF/88), objetivou estabelecer um processo mais dificultoso e rígido a ser percorrido por uma proposta de emenda, o que confirma o seu interesse em preservar a essência, o “espírito” da Constituição pátria vigente.

Isso se justifica pelo fato de termos assistido, nos últimos anos, a uma produção, cada vez mais crescente, de emendas constitucionais, aliada a um total desrespeito às imposições previstas na Constituição.

Desta forma, pretende-se oferecer respostas a algumas questões específicas: Há relevância em se chamar o poder reformador de poder constituinte derivado, no que concerne à sua natureza jurídica? Há hierarquia normativa entre a produção advinda dos dois poderes? Tal hierarquia teria alguma vinculação com o fato de submeter-se uma emenda constitucional ao controle de constitucionalidade? Quais são os limites, formais, circunstanciais e materiais, explícitos e implícitos, às emendas à Constituição? As disposições advindas de uma reforma são capazes de atingir situações jurídicas consolidadas? A produção exacerbada de emendas colide com a inatingibilidade do “Espírito da Constituição”?

2 - O poder constituinte derivado

Embora a denominação “Poder Constituinte Derivado” seja criticada por alguns autores, os quais preferem utilizar a expressão “Poder Reformador”, não se vislumbra na primeira qualquer obstáculo ao correto entendimento desse poder. Concorde-se, aliás, com Paulo Bonavides, quando menciona que a divisão clássica que separou o poder constituinte em originário e derivado, só chegaria a carecer de fundamento se fosse tornada ao pé da letra.

Portanto, nada se vê de incorreto em se atribuir ao poder que deriva do poder constituinte originário a denominação poder constituinte derivado. O simples fato de considerá-lo como um poder também constituinte não

significa que pertença ele por natureza e primariamente à Constituição, já que o próprio adjetivo que o qualifica como “derivado” descarta por completo tal possibilidade.

2.1 Conceito de poder constituinte derivado

O poder constituinte derivado é aquele que, sendo órgão constitucional e inserido na Constituição, tem por objeto a reforma do texto constitucional, desde que submetido às limitações tácitas e expressas. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competentes para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.

É um poder primacialmente jurídico, ao contrário do poder constituinte originário: essencialmente político, ou seja extrajurídico.

É certo que do sistema de constituições rígidas resulta uma relativa imutabilidade do texto constitucional, a saber, uma certa estabilidade ou permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento estatal.

A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII, que, segundo o mestre Paulo Bonavides, “cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações”². Arremata, sentenciando que:

A imutabilidade constitucional seria, portanto, tese absurda, colidente com a vida, que é mudança, movimento,

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196.

renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental³.

Daí entender-se a importância desse poder constituinte derivado no contexto atual, tendo em vista as mudanças constantes que vem sofrendo a sociedade. Não se esqueça, porém, que esse poder é condicionado a certos limites, no intuito de resguardar o que se tem de mais valioso na Lei Magna, objetivando-se, dessa forma, estabelecer um equilíbrio entre o novo e o velho, sem dela retirar-lhe a essência.

Diante do exposto, frise-se que, não importa qual nome seja dado ao poder constituinte derivado – poder constituído, poder reformador, poder constituinte instituído, poder constituinte constituído – isso, não o descaracteriza em sua essência: derivado, subordinado e condicionado. Derivado, porque provém de outro e com ele não se confunde. Subordinado, por estar abaixo do originário, de modo que é limitado por este. Por fim, condicionado, por só poder agir nas condições postas, pelas formas fixadas. Não se admite, com isso, a tese de que o fato desse poder ser chamado de “Constituinte” estaria dando o mesmo nome a duas instâncias distintas. Na verdade, seriam duas espécies distintas do gênero poder constituinte.

Como afirma José Afonso da Silva:

³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 196-197.

No fundo, o agente ou sujeito da reforma, é o poder constituinte originário, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige⁴.

Nesse sentido, cumpre lembrar, com o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o poder de reforma constitucional ou, na sua terminologia, poder constituinte de revisão:

É aquele poder, inerente à Constituição rígida que se destina a modificar essa Constituição segundo o que a mesma estabelece. Na verdade, o que Poder Constituinte de revisão visa, em última análise, permitir a mudança da Constituição, adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte Originário⁵.

2.2 Natureza do poder constituinte derivado

A teoria constitucional moderna busca emprestar, tanto

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 65.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado: I. O Pode Constituinte*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 155-156.

quanto possível, caráter mais *jurídico* do que *político* ao poder constituinte derivado. De sorte que se empenha em colocá-lo nas constituições como instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos, diminuindo-lhe o alcance ou competência.

O poder constituinte derivado é uma especialização do poder constituinte originário. Não deixa de ser uma criação deste. Foi por este concebido, pensando-se no futuro. Daí poder-se dizer que tem forte carga de juridicidade.

Alheio à polêmica que ronda a natureza do poder constituinte originário, o poder constituinte derivado é inequivocamente uma construção jurídica. É um poder de direito, na medida em que a sua criação é fruto de uma norma jurídica, no caso, uma Constituição, o que levou à observação perspicaz de José Afonso da Silva, para quem o poder constituinte derivado, na verdade, nada mais é do que “uma competência constituinte derivada conferida pela Constituição ao Congresso Nacional”⁶.

A sua carga de juridicidade decorre do fato de que ele encontra o seu fundamento de validade na Constituição, isto é, em uma regra jurídica, que, ao mesmo tempo em que lhe consagra a existência, contorna os seus limites de ação. Enfim, sendo um poder (ou competência) instituído pela Constituição, não pode ultrapassar-lhe os horizontes, sob pena de, usurpando de suas atribuições, ver-se maculado de morte.

2.3 *Titularidade do poder constituinte derivado*

O poder constituinte derivado é exercido pelo povo, em regra, de forma mediata, através de seus representantes.

O caso brasileiro serve de exemplo, já que o art. 60,

⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 65.

entre outras disposições, confere às Casas do Congresso Nacional a competência para o exercício do poder reformador, confirmando a regra geral segundo a qual o poder constituinte derivado é levado a cabo pelo seu único titular – o povo – por meio de seus representantes eleitos.

2.4 Modalidades de poder constituinte derivado

Tradicionalmente, são apontadas duas espécies de poder constituinte derivado: o reformador ou revisor e o decorrente.

Entende-se por poder constituinte derivado ou reformador aquele que visa mudar a Constituição ao completá-la. A idéia que lhe é imanente parece singela: as constituições têm vocação de estabilidade, mas não são mesmo eternas. Precisam de atualização.

Todavia, a concepção deste poder não termina na faculdade de fazer reformas, ao menos no Estado Federal. Neste, o poder constituinte derivado deixa de ser meramente reformador para ser fonte e início de uma organização jurídica peculiar àquela forma de Estado. Fala-se da segunda modalidade de poder constituinte derivado, denominado poder constituinte decorrente, que inaugura juridicamente os Estados Federados. Esse poder se preocupa com a organização dos Estados Federados por meio da elaboração das Constituições estaduais próprias.

2.5 Revisão constitucional do poder constituinte derivado

A priori, necessita-se fazer uma distinção sucinta entre *Mutação Constitucional* e *Reforma Constitucional*. A primeira consiste num processo de mudança na Constituição – sem que as suas palavras tenham sofrido qualquer tipo de modificação – devido a uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que a passa a predominar na sociedade⁷. O texto permanece o mesmo, mas o significado que lhe é

conferido é diverso. Haja vista a norma não se confundir com o texto, percebe-se, aí, uma mudança da norma, conservado o texto. A segunda, que aqui nos interessa, é o processo formal de alteração das constituições rígidas, pela atuação de certos órgãos, obedecidas certas formalidades estipuladas nas próprias Constituições para o exercício de Poder Reformador.

Embora a doutrina brasileira ainda hesite no emprego dos termos *reforma*, *emenda* e *revisão constitucional*, tendendo a utilizar indiferentemente os três termos, entende-se mais coerente o posicionamento de José Afonso da Silva, Pinto Ferreira e Meireles Teixeira. Para eles, a expressão *reforma*, genérica, abrange a *emenda* e a *revisão*, com significações distintas.

A reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão. A emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidade mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias. Já a revisão seria uma alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional⁸.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007, p. 220.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 62; FERREIRA, Luiz Pinto. *Da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 102; TEIXEIRA, J. H. Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 132.

O art. 59 da Constituição Brasileira de 1988 – que instituiu de forma permanente a produção normativa das duas Casas do Congresso Nacional – ignora a revisão, que se achava prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, provida de um grau inferior de rigidez, exatamente concebido para tornar mais fácil a singular e extraordinária utilização desse mecanismo excepcional de reforma.

Logo, só haveria revisão constitucional, condução da possível reforma estatuída no art. 3º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), se a resposta plebiscitária fosse favorável à Monarquia Constitucional ou ao Parlamentarismo. A revisão só existiu, pois, no art. 3º daquele Ato. Deixou imediatamente de existir, haja vista o povo ter dito não à Monarquia ou ao Parlamentarismo no plebiscito realizado em 21 de abril de 1993.

O singular, no constitucionalismo pátrio de 1988, é que a revisão aparece solitária e transitoriamente à margem da parte fixa da Constituição e com rigidez inferior à da emenda. Nesta, a proposta de alteração é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos – considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Já na revisão, o processo é mais simples: para aprová-la, basta o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral.

A Constituição de 1988 conservou, como princípio imutável, a técnica da Constituição revogada, aludindo apenas às *emendas*, agora como singular sistema de mudança formal da Constituição, já que a revisão constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, já se operou, não sendo admissível ulterior revisão nos termos ali estipulados, simplesmente porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se terminantemente. Destarte, qualquer mudança

formal na Constituição só deve ser realizada genuinamente com base no seu art. 60, ou seja, pelo procedimento das emendas com os limites dali decorrentes.

3 - Emendas à Constituição

O legislador constituinte de 1988, ao conjeturar a possibilidade de modificação das normas constitucionais por meio de processo legislativo especial e mais penoso que o ordinário, estatuiu nossa Constituição Federal como rígida, firmando-se o conceito de supremacia da ordem constitucional.

Segundo o magistério de Alexandre de Moraes:

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da Constituição. A revisão serve, pois, para alterar a constituição mas não para mudá-la, uma vez que não será uma reforma constitucional o meio propício para fazer revoluções constitucionais.⁹

Logo, a alterabilidade constitucional, consentida ao Congresso Nacional, não permite o poder de transgredir o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi especificado pelo Poder Constituinte Originário.

A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta,

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 563.

é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias¹⁰. Nesse sentido, não há distinção substantiva entre as normas que foram postas na Carta Política pelo poder constituinte originário e as que nela foram inseridas, “a posteriori”, em processo regular, pelo poder constituinte derivado.

Adquire, portanto, notável e insuperável relevo a análise da regularidade do processo de produção de emendas à Constituição, eis que a sua falta compromete a validade da atividade, dessa forma avultando a importância estratégica dos controles jurídicos aplicáveis a esse mesmo processo.

A emenda à Constituição, portanto, deve ser elaborada consoante uma forma e tratando de conteúdo antecipadamente circunscrito pelo legislador constituinte originário. Deste modo, se houver acatamento ao que foi estatuído pelo art. 60 da Constituição Federal de 1988, a emenda constitucional adentrará no ordenamento jurídico com *status* constitucional, devendo ser compatível com as demais normas originárias. Todavia, se algum dos limites atribuídos pelo referido dispositivo for desobedecido, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser extraída do ordenamento jurídico por meio das regras de controle de constitucionalidade, por não observarem as balizas jurídicas colocadas na Carta Constitucional.

Assim sendo, é absolutamente admissível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a partir do exame do acatamento dos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.

Por conseguinte, o Congresso Nacional, no exercício

¹⁰ RTJ 136/25.

do poder constituinte derivado reformador, sujeita-se às limitações constitucionais.

3.1 Limitações formais

Os limites formais, como a própria denominação sugere de início, amarram o reformador a um procedimento incomum, especialmente elaborado para os atos de alteração da Constituição. Eis aí um consectário lógico às constituições rígidas, em cujo teor de difícil modificação recai todo um símbolo de supremacia. Estes limites estão previstas no art. 60, I a III c/c parágrafos 2º, 3º e 5º da Carta Magna.

A iniciativa para apresentação de uma proposta de emenda constitucional é mais restrita do que a existente no processo legislativo ordinário, permitindo-se somente ao Presidente da República; a um terço, no mínimo e separadamente, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Tal proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Dessa forma, saliente-se o *quorum* distinguido para a aprovação e a necessidade de dupla votação em cada Casa Legislativa.

Quanto à deliberação executiva, o Presidente da República não participa da fase constitutiva do processo legislativo de uma emenda constitucional, haja vista o Poder Legislativo ser o titular do poder constituinte derivado reformador. De tal modo, não se farão necessários a sanção ou o veto. A emenda constitucional acatada pelas duas Casas do Congresso Nacional seguirá, diretamente, para a

promulgação e a publicação.

A promulgação será desempenhada, conjuntamente, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem. Sobre a publicação, embora o texto constitucional silencie, Alexandre de Moraes entende ser competente o Congresso Nacional¹¹.

Por fim, observe-se, também, como limitação formal ou procedimental o parágrafo 5º do art. 60 da Constituição Federal, que explicitamente proíbe a viabilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Vê-se, portanto, que esses limites formais garantem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), a ser rigorosamente observado sempre que se tiver em mente mudar os dispositivos constitucionais.

3.2 Limitações circunstanciais

Uma segunda modalidade de limitação expressa é aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país. Ordinariamente, configuram um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional, na lição de Paulo Bonavides¹².

Tais limitações vêm descritas no art. 60, parágrafo 1º da Carta Magna. Ali, o constituinte deixou consignado que não se poderia mudar validamente o texto originário durante intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa.

As razões para tanto são óbvias. Qualquer mudança constitucional naquele íterim seria, no mínimo, suspeita. É que as hipóteses limitadoras da reforma constitucional

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*, p. 567.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 196.

abarcam, qualquer uma delas, uma idéia imanente de conflito, cuja desincumbência caberá exclusivamente à União Federal, por meio do Poder Executivo.

No caso de intervenção, por exemplo, o pacto federativo, princípio basilar originário da Constituição, estaria fragilizado. A decretação do estado de defesa bem que poderia ser o momento ideal para retaliações políticas. O mesmo ocorrendo com o estado de sítio. A verdade é que não se pode apostar a estabilidade de uma Constituição num momento conturbado como os descritos acima.

O constituinte originário foi sábio ao diferir para outro momento mais tranquilo qualquer intenção de modificar o Texto Maior, resguardando com tal postura os pilares fundantes do Estado, entre eles a liberdade de manifestação em seu amplo sentido, inclusive diante da possibilidade de disposição de bens materiais, o que provavelmente seria impensável naquelas situações anômalas.

3.3 Limitações temporais

As limitações temporais são aquelas que vedam a reforma constitucional por um prazo determinado. São dificilmente constatadas, mas a idéia que legitima a sua existência está atrelada, em princípio, à sua acomodação no meio em que foi inaugurada, impedindo que ímpetos açodados e avessos ao seu espírito tenham a imediata possibilidade de enfraquecer o que foi deliberado por uma maioria.

Essas limitações não são habitualmente localizáveis na história constitucional brasileira. Só a Constituição do Império previa este tipo de limitação, vez que estabelecera que tão somente após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada (art. 174).

3.4 Limitações materiais explícitas

Há um núcleo imodificável da Constituição, insuscetível de emenda, revisão, reforma, isto é, qualquer forma de mudança ao texto da Lei Magna. Este núcleo se chamava antigamente de “espírito da Constituição” e, hoje, é denominado de “cláusulas-pétreas” ou de “princípios fundamentais”. Tal núcleo intangível é de poucas cláusulas nas Constituições sintéticas, de poucos artigos nas Constituições dos países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, onde sobrevive o respeito à lei; é mais amplo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os chamados países terceiro-mundistas, com muitas cláusulas-pétreas, muitas vezes desrespeitadas pelos poderes constituídos.

No Brasil, este núcleo categoricamente inviolável à emenda está consagrado no art. 60, § 4º da Constituição de 1988: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

A compreensão das realidades desses institutos petrificados exige a indispensável análise de seus elementos de natureza histórica, cultural e também doutrinária, cuja extensão alarga-lhes essencialmente as medidas, pois nos seus conteúdos se escondem efeitos que só a avaliação casuística pode revelar.

Quanto à forma federativa de Estado, pode-se entender que a proibição constitucional do art. 60, § 4º, I, de deliberação sobre proposta de emenda *tendente a abolir a Federação*, guarda o interesse de preservar a estrutura federal que a Constituição consagrou, ou seja, aquelas cujas características modelares inseriu na sua arquitetura.

A cláusula pétrea do art. 60, § 4º, II, da Constituição, que trata do voto direto, secreto, universal e periódico, é uma

extensão do princípio fundamental por ela adotado, com esta dicção expressa e solene: “art. 1º – (...). Parágrafo único – todo poder emana do Povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O princípio da soberania popular tem, no aludido item, petrificada uma garantia contra a supressão do modo democrático de governo, do sistema representativo republicano e da participação na formação dos poderes políticos do Estado, bem como contra a implantação de sufrágios ponderados ou restritos, qualquer que seja o eventual critério de discriminação.

Para o professor Fávila Ribeiro¹³, “o direito de sufrágio se integra no ordenamento constitucional como essencial ao processo democrático, valendo dizer que a sua supressão comprometeria o próprio sistema”.

A adoção do sufrágio direto é praticamente uniforme nas democracias ocidentais de hoje, contrapondo-se ao sufrágio indireto, o qual exclui os eleitores da escolha definitiva, reduzindo o grau de legitimidade dos escolhidos.

O sigilo do voto é uma forma de preservação da liberdade de escolha do eleitor, sem a qual a sua opção poderia sofrer pressões e injunções externas, com a possibilidade de desfigurar a sua manifestação.

A cláusula da universalidade do voto impede a iniciativa de mudança constitucional que tenha o propósito de restringir o acesso de determinada classe de pessoas ao direito de votar, qualquer que seja o critério de seleção. Já a cláusula do voto periódico impede a investidura vitalícia em cargos políticos.

Na cláusula da separação dos poderes se encontra certamente uma das idéias mais valorizadas pela chamada

¹³ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 268.

Democracia Liberal, que via nesse dogma o antídoto eficaz contra as propensões tirânicas. Cada ramo ou dimensão do poder estatal recebe da Constituição o campo em que versa suas competências, sem que entre elas haja lugar para hierarquias e desníveis funcionais. Caso contrário, poderia haver uma assimilação de poderes por um mesmo órgão, o que proporcionaria um extraordinário desserviço à garantia dos indivíduos¹⁴.

Enfim, aqui está o mais delicado dos limites materiais expressos, o qual não poderá abolir “os direitos e garantias individuais”. A abrangência dessa expressão tem gerado controvérsias entre os doutrinadores. É sólido o raciocínio de que, na tradição brasileira, “direitos e garantias individuais” é expressão que abarca somente liberdades clássicas. Esses direitos não poderiam, portanto, ser abolidos pela revisão. O mesmo não ocorreria com os direitos sociais. Entretanto, não é despropositado afirmar ser a expressão “direitos e garantias individuais” equivalente a “direitos e garantias fundamentais”. Ora, esta última designa todo o título I da CF/88 e abrange os direitos sociais, que assim não poderiam ser eliminados. Certamente, esta última interpretação parece mais condizente com o espírito da Constituição em vigor, incontestavelmente uma “constituição social”. É esta a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵, da qual não se ousa discordar.

¹⁴ Em caso que motivou polêmica, o STF decidiu que a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004 não ofendeu a cláusula pétrea da separação dos Poderes, porque não afetado “o núcleo político do princípio, mediante a preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente” (ADI 3.367, DJ de 13/04/2005, Rel. Min. Cezar Peluso).

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 286.

3.5 Limitações materiais implícitas

O mestre Paulo Bonavides, sabiamente, ensina:

O poder de reforma constitucional exercitado por um poder constituinte derivado, sobre ser um poder sujeito às limitações expressas do gênero daquelas acima expostas, é também um poder circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do “espírito” da Constituição¹⁶.

Tem relevo anotar que as expressões do Texto Constitucional que estipulam as cláusulas pétreas (art. 60, I a IV) sugerem a existência de vedações implícitas no poder de emenda, ao veicular a proibição de deliberação sobre propostas *tendentes* a abolir os institutos indicados nos incisos do dispositivo. Realmente, a detecção de uma *tendência* faz supor que uma proposta não contenha impacto direto a alguma das cláusulas petrificadas, mas que na efetivação da alteração constitucional que dela resulte esse impacto possa se manifestar. Por causa disso, a disposição constitucional previne a integridade dessas cláusulas também contra essa eventual iniciativa de emenda, vedando a sua deliberação.

As cláusulas pétreas implícitas, como também são chamadas tais limitações, “concernem à supressão da própria titularidade do poder constituinte”, como bem leciona Uadi Lammêgo Bulos. Mas não é só. Resumi-las ao problema da manutenção da titularidade, ou seja, à soberania popular, ao povo, deixaria de fora outros pontos

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 178.

seminais, como, por exemplo, uma situação avalizada pelo titular do Poder Constituinte que, no entanto, duelasse de morte institutos como o poder jurisdicional do judiciário. Reforma impensável. O mesmo autor leciona logo adiante com olhos na melhor doutrina de Nelson de Sousa Sampaio¹⁷, cuja classificação das normas pétreas implícitas é clássica. Daí o quadro:

- a) as que dizem respeito aos direitos fundamentais;
- b) as concernentes ao titular do Poder Constituinte;
- c) as relativas ao titular do Poder Reformador;
- d) as referentes ao processo da própria emenda ou revisão constitucional¹⁸

Não resta dúvida de que os limites materiais implícitos decorrem da adoção feita pelo poder constituinte originário – quando da elaboração da Constituição – de princípios fundamentais, que, a seu turno, conferem uma identidade passível de determinação ao texto constitucional. Os limites implícitos devem guardar visível conexão com o perfil histórico da Constituição. Ora, o poder revisional possui competência para *atualizar* a Constituição, adaptando-a às mudanças sociais, em necessário e imprescindível esforço para a preservação de um grau ótimo de força normativa.

Importante salientar que, apesar de todos os esforços do legislador ordinário em estabelecer uma gama de obstáculos à atuação legiferante constituída, o que se

¹⁷ BULOS, Uadi Lammego (apud Nelson de Sousa Sampaio). *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammego. *Op. Cit.*, p. 37-39.

presença no cenário político nacional é um verdadeiro estouro de emendas constitucionais, que, em apenas 20 anos de vigência da Constituição Federal, totalizam o surpreendente número de 57, esta última publicada no Diário Oficial da União no dia 18 de dezembro de 2008. Tal prática, ordinariamente utilizada por aqueles que chegam ao poder, visa à adaptação da Carta Magna aos seus interesses próprios, ao invés de voltá-la aos anseios da população.

3.6 Controle de constitucionalidade

As constituições rígidas necessitam de um processo especial de revisão, o qual lhes atribui constância bem superior àquela que as leis ordinárias gozam. Disto brota a supremacia da Lei Constitucional sobre as demais espécies normativas, o que resulta numa hierarquia jurídica entre elas.

Com base nessa hierarquia, o órgão legislativo, ao emanar da Constituição sua competência, não pode inserir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais, sob pena de serem elas declaradas nulas, inaplicáveis, sem validade, logo, inconstitucionais.

As emendas constitucionais, enquanto propostas, são consideradas apenas atos infra-constitucionais sem qualquer normatividade. No entanto – desde que respeitadas as cláusulas pétreas explícitas e implícitas –, a partir do momento em que uma emenda é aprovada, ela ingressa no ordenamento jurídico e passa a ser preceito constitucional de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias,

Contudo, as limitações ao poder de reforma teriam efeito prático limitado se não se tolerasse o controle jurisdicional da obediência das restrições que o constituinte originário cominou ao poder constituído.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, já há bastante tempo, entende possível essa aferição. Ainda na Primeira

República, conforme observam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁹, o STF consentiu o debate sobre a validade da Reforma Constitucional de 1925/1926 em face da decretação de estado de sítio e por não ter sido aprovada pela totalidade dos membros de cada Casa Legislativa²⁰. O resultado foi que o STF proclamou válida a revisão, entendendo-se, por conseguinte, competente para ponderar a legitimidade de emendas à Constituição – inteligência que se manteve firme desde então²¹.

Desta forma, é certo que o Poder Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição, realizando-se, tal controle, tanto após a promulgação da emenda – difusamente, em casos concretos, por qualquer juiz – como também por meio do controle abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, a não distinção entre as normas que foram positivadas na Constituição pelo poder constituinte originário e as que foram colocadas no seu contexto pela atividade do poder constituinte derivado não impede que a infração a qualquer limite jurídico consagrado na Carta Magna, cometida pelo constituinte reformador, possa, por vício de inconstitucionalidade, inviabilizar a sua aplicabilidade.

Isto se dá porque o Poder Constituinte Originário não pode ser afrontado pelo poder constituinte derivado. O poder de revisão constitucional, como poder constituinte derivado que é, está subordinado à Constituição.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 211.

²⁰ HC 18.178, Arquivo Judiciário, v. XVII, n. 5, p. 341.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 211.

3.7 As situações jurídicas consolidadas

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXVI, estabelece: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Tal artigo está acoplado na mesma Constituição ao art. 60, § 4º, prevendo as cláusulas pétreas e insuscetíveis de emenda, a saber:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a primeira a densificar e concretizar um reforço ao direito adquirido. Uma emenda à Constituição podia, em épocas anteriores, afrontar o direito adquirido. Contudo, tal concretização com reforço e uma hierarquia dentro do próprio ordenamento constitucional levam a apreciar um sentido específico de defesa do direito adquirido com a enumeração das cláusulas pétreas.

Trata-se, na verdade, da proteção jurídica do passado das pessoas, da guarda de situações de direito que o inabalável decurso do tempo já cuidou de consolidar e cuja revisão importaria na ocorrência de prejuízo, insegurança e incerteza, pela alteração ou subtração dos suportes da respectiva fruição.

O repúdio à violação do passado legitima, do ponto de vista moral, a barreira que o direito positivo ergue, com a explícita finalidade de proporcionar segurança àquelas

referidas entidades constitucionais (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), que corporificam, nos sistemas de direito escrito, o patrimônio jurídico, que as pessoas, ao longo da vida, vão continuamente acumulando.

A segurança dessas situações tem a função explícita de ressalvá-las contra atuações estatais de qualquer espécie, sejam administrativas ou normativas de qualquer nível, agrupadas estas, genericamente, sob a ampla denominação de *lei*, no contexto do art. 5º, XXXVI, da Constituição.

De acordo com Pedro Nunes (*in Dicionário de tecnologia jurídica*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979, v. 1, p. 351), citado por Pinto Ferreira (*in Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1989, v. 1, p. 150):

Direito adquirido é a vantagem jurídica, líquida, certa, lícita, concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída para vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos.

O fenômeno da aquisição do direito não depende do seu exercício, pois adquirido é o direito completamente colocado à disposição do seu titular, ou de quem o representar, para exercê-lo (ou não) a seu critério, quer agora, quer no futuro, não aceitando o sistema jurídico a eventualidade de regular interferência alheia com a eficácia de alterá-lo. A situação jurídica assim considerada é ultratativa e se projeta no futuro e para o futuro, quando o quadro

da normatividade se alterar e passar a abrigo regra que se põe em confronto com aquela outra da época em que se operou a aquisição do direito.

O ato jurídico perfeito, por sua vez, representa a concretização de uma relação de direito básica, inteiramente formada em precisa equivalência com as exigências sistêmicas próprias da sua espécie e contemporâneas da sua formação. A perfeição (completude) do ato tem a força de propiciar, em prol do seu titular, a permanência do direito que nela se encartou, se desenvolveu e se efetivou, quando e se vierem a emergir, posteriormente, novas condições legais e disciplinadoras do seu conteúdo ou da sua forma, de tal modo que se o ato não houvesse se consumado, não mais poderia se consumir.

Por fim, é a coisa julgada outra garantia constitucional prevista para manter a segurança e a certeza das relações jurídicas. O nascedouro dessa garantia constitucional está no conjunto sistemático das relações jurídicas que se armam e se desenvolvem no ambiente processual, seguindo os roteiros de disposições legais disciplinadoras da solução de conflitos, pela atuação do Poder Judiciário e do uso do processo judicial. A coisa julgada torna a decisão judicial imutável, com eficácia *perene*, de tal maneira que não poderá ser objeto de ulteriores modificações, seja qual for a fonte de que brote a contrariedade ao seu conteúdo, ressalvadas as hipóteses de revisão, em que se detecta de forma objetiva uma acentuada razão jurídica para o seu desfazimento, por meio de uma ação judicial cognitiva (ação rescisória).

Imperioso, portanto, não se esquecer que o instituto do direito adquirido, juntamente às demais situações jurídicas consolidadas (ato jurídico perfeito e coisa julgada), constitui garantia individual, disposição *pétrea*, e, portanto, eterna e imutável, ao menos enquanto perdurar a ordem

jurídica vigente, eis que somente o advento de um efeito revolucionário, no patamar jurídico-constitucional, poderá ser hábil a abolir tamanha conquista.

4 - O “espírito” da Constituição

Embora já tenha havido a publicação da emenda constitucional de nº. 57, talvez tenha sido a emenda constitucional nº. 41, de 19 de agosto de 2003, a que, recentemente, mais perplexidade tenha causado, não só no universo jurídico, mas perante a população em geral. Tal emenda trata da instituição de cobrança de contribuição dos inativos e pensionistas da Previdência Social.

Pior do que a publicação da emenda referida, foi a decisão, no mínimo surpreendente, do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade nº. 3105, de autoria da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, na qual este tribunal entendeu legítimo o desconto da contribuição previdenciária dos inativos.

Tal ação foi julgada improcedente em 18 de agosto de 2004, entendendo-se, por 7 votos a 4 (vencido o entendimento dos Ministros Ellen Gracie, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello), que, ao criar a taxa dos inativos e pensionistas, a emenda constitucional nº. 41/03 não feriu o direito adquirido desses indivíduos, haja vista ter sido observado o princípio da solidariedade, constitucionalmente exaltado.

Outros argumentos adotados pela decisão foram a inexistência de direito adquirido em matéria tributária e a equiparação do constituinte derivado ao originário. Tal equiparação, certamente, desestrutura por completo todas as noções acadêmicas de Direito Constitucional. Aliás, o STF, ultimamente, tem sido mestre em adequar aos interesses do Poder Executivo os conceitos mais ímpares,

que formam a base do nosso saber jurídico, desvirtuando-os sempre que necessário.

Argumentos justificadores da inconstitucionalidade do art. 4º da EC 41/03 existem em solidez e em profusão.

A priori, pode se mencionar o afronta ao direito adquirido, já que o legislador jamais poderia modificar situações jurídicas definitivamente incorporadas ao patrimônio de seu titular. Não é a facultado à emenda constitucional, como poder constituinte derivado que é, ferir situações jurídicas já consolidadas no tempo e que foram instituídas pelo poder constituinte originário, como é o caso daqueles que já haviam implementado as condições necessárias para se aposentarem ou receberem pensão dispostas na própria Constituição à época vigente.

A equiparação do constituinte derivado ao originário – pretendida pelo brilhante ministro Sepúlveda Pertence – agride a lógica da hermenêutica, pois o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição está dirigido, exclusivamente, ao constituinte derivado, único a quem foi deferida a possibilidade de emenda à Constituição acompanhada, porém, da proibição taxativa no inciso IV, a qual o impede, terminantemente, de alterar os direitos e garantias individuais, dentre os quais estão o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Segundo a ministra Ellen Gracie²², que lucidamente julgou inconstitucional a contribuição dos servidores inativos, a questão principal seria a definição dos limites do poder de emenda ao texto constitucional e o desrespeito a estes.

Canotilho²³ leciona que os poderes constituídos “movem-se dentro do quadro constitucional criado pelo poder constituinte”. Adiciona o ilustre jurista que: “O poder de revisão

²² GRACIE, Ellen. *Voto da Ministra do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº. 3105, em 27 de agosto de 2004.*

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 95.*

constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo”, e que “o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, uma paródia do poder constituinte verdadeiro”.

Para o professor Alexandre de Moraes²⁴ :

O Poder Constituinte Derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade.

O próprio STF, ao julgar procedentes as ações diretas que impugnaram a instituição do IPMF, autorizada pela EC nº. 3/93, declarou que:

Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte Derivada, incidindo em violação à Constituição Originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF)²⁵ .

Parece estranho que, no decorrer de dez anos, o Supremo Tribunal Federal tenha esquecido completamente aquele precedente brilhantemente julgado outrora e modificado completamente o seu entendimento.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 91.

²⁵ ADI nº. 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/94.

Dentre outros, muitos princípios constitucionais restaram desrespeitados com a incidência de tal contribuição, tais quais: princípio da vedação ao confisco, princípio da garantia contra a bi-tributação, princípio da isonomia tributária, princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Nesta ótica, as cláusulas pétreas – o mais imponente limite ao poder de reforma – são vistas, numa interpretação propositadamente desvirtuada do texto supremo, como preceitos meramente “descartáveis”. Abre-se, com isso, um precedente perigosíssimo para a Nação, que descaracteriza a identidade da Carta de 1988, sujeitando-a a decisões futuras desprovidas de qualquer segurança jurídica.

O legislador primário pretendeu resguardar o texto supremo original em sua essência, preservando o que Carlos Britto denominou de “Espírito da Constituição”. Aduz ainda que:

Seja como for, o objetivo da reforma não será jamais o de fraudar os princípios axiais da Constituição, dado que por tais princípios é que se fixa a identidade do Magno Texto (a Constituição tem a cara dos seus princípios, permitimo-nos dizer)²⁶.

O poder de emenda carece ser encarado como o único meio de modernizar o texto constitucional, adequando-o às modificações sócio-políticas da sociedade por ele regrada, que, inevitavelmente, encontra-se em constante evolução. No entanto, não se pode esquecer de adotar uma análise

²⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *A Constituição e os Limites de sua Reforma*. *Revista Latino-Americana de Estudo Constitucionais*, nº. 1, jan/jun, 2003, p. 234.

essencialmente teleológica da “Lex Legum”, preservando-lhe sempre o espírito.

Percebe-se, entretanto, tendo como um dos exemplos o julgamento da ADI nº. 3105, que há um processo de trivialização das emendas constitucionais, o qual só serve para gerar nos cidadãos um profundo e indesejável sentimento de descrédito constitucional.

Cabe aos detentores do poder de reforma uma maior conscientização no sentido de conferir uma interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais que o regulam, já que o processo de mudança é, e deve ser encarado, como exceção, e não como algo corriqueiro e ordinário.

5 - Conclusão

No que pertine ao poder de emenda à Constituição, nota-se uma espécie de contraposição: por um lado, observa-se o persistente mito da quase intangibilidade da Carta Magna e, por outro, a indispensabilidade de sua permanente eficácia jurídica, mas também social, o que parece trazer premência à questão de ajustá-la constantemente aos novos desafios, posteriores à sua elaboração, o que se obtém através de modificações do seu texto.

De fato, foi o constituinte originário bastante metuculoso quando da elaboração do texto constitucional das cláusulas pétreas. Ali, ele efetivamente enrijeceu a Constituição de 1988, tornando-a única, atribuindo-a uma identidade especial, com o objetivo primordial de garantir aos cidadãos uma verdadeira segurança jurídica.

No entanto, ele não poderia deslembrar de que, com o decurso do tempo, gerações suceder-se-iam e com elas a evolução sócio-político-cultural. As leis tornar-se-iam

ultrapassadas, o que, indubitavelmente, acarretaria a necessidade de mudanças em seus textos. Daí a Reforma Constitucional.

Até então, tudo estaria perfeito, já que a Constituição de 1988 estabelece a possibilidade de ser reformada, mas, em contrapartida, impõe limites a essa revisão. O grande problema está em que o poder constituinte derivado reformador não tem se contentado com a sua capacidade subordinada, condicionada e limitada de exercício de seu mister, e, infelizmente, vem, a cada dia, desrespeitando mais e mais o “espírito” de nossa Constituição, ultrapassando aqueles limites por ela própria impostos.

Atualmente, foram promulgadas 57 emendas constitucionais, e não são poucas, dentre estas, as que já foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, seja porque continham vícios formais, seja porque continham vícios materiais. A EC 41/2003, conforme já se verificou, desrespeitou flagrantemente o direito adquirido dos inativos e pensionistas do regime público, e, como não bastasse esse afronta por parte do Poder Legislativo, vem o Poder Judiciário e confirma tal atrocidade, ao julgar improcedente a ADI nº. 3105. Só para completar o “trio”, lembre-se de que, nesse caso, o Judiciário emitiu uma decisão muito mais política do que jurídica, a fim de atender aos anseios do Poder Executivo.

É preciso vigilância sobre esses problemas cada vez mais freqüentes no cenário nacional: a banalização do processo de emenda, tanto no que se refere à quantidade quanto à qualidade. Caso contrário, as conseqüências serão das mais graves: a perda da capacidade concretiva da “Lex Legum” pátria, o seu descrédito por parte da população, e pior, tornar-se-á (se é que já não se tornou) um texto casuístico às reformulações efêmeras do poder.

6 - Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. *A Constituição e os Limites de sua Reforma*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº. 1, jan/jun, 2003.
- _____. *As cláusulas Pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. Perspectivas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Legitimidade do Poder de Reforma Constitucional. Perspectivas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado: I. O Pode Constituinte*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- _____. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de Direito Constitucional e o STF*. São Paulo: Atlas, 2005.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.
- _____. *Da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TEIXEIRA, J. H. Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

A LIBERDADE RELIGIOSA E O ESTADO LAICO BRASILEIRO

Francisco Arlindo Campos de Araújo

Diretor de Secretaria da 5ª Vara Cível de Fortaleza

Analista Judiciário do Fórum Clóvis Beviláqua

Pós-graduando em Direito Constitucional

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Deus e César: tipologia da Igreja-Estado. 3. O homem e a liberdade religiosa. 4. Definição conceitual de Estado Laico. 5. Paradigma da laicidade na Constituição Federal de 1988. 6. Polêmica sobre a ostentação de símbolos religiosos pelos poderes constituídos. 7. A Liberdade religiosa e o Projeto de Lei 122/2006. 8. Considerações Finais. 9. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este trabalho pretende abordar uma temática assaz complexa, porém, de substancial importância no contexto social e religioso brasileiro. Na vigente Lei Magna - a liberdade religiosa é, ao lado de uma gama de outros valores, um direito fundamental da pessoa humana (art. 5º, inc. VIII, CF). Como decorrência do regime democrático, já não há em nosso país uma religião oficial, visto que o Estado brasileiro, a partir do nascimento do regime republicano, consagrou o paradigma da laicidade, corolário da separação jurídica entre o Estado e a Igreja Católica Romana, à época, entronizada. Com a quebra da hegemonia católica, houve uma abertura para o ingresso de outras vertentes religiosas a exemplo das Igrejas protestantes históricas, redesenhando, na sociedade moderna brasileira, um verdadeiro mosaico religioso, com as mais variadas cosmovisões. Em seguida, será dedicada especial atenção a um assunto que vem intrigando muitos em nosso país, dando azo a severas

críticas. O fato é que, sendo o Estado brasileiro laico, por que os poderes republicanos têm permitido o uso de objetos sacros, como crucifixos, imagens sacras, em prédios e repartições públicas? Para finalizar, será discutida a repercussão do PL 122/2006 sobre a liberdade religiosa e de opinião. Estes assuntos lançam fogo na discussão entre autoridades dos poderes constituídos, laicistas e instituições eclesiásticas dos diversos segmentos religiosos existentes em nossa nação, constituindo, em síntese, objeto de investigação deste desprezencioso labor.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa. Laicidade. Exibição de signos religiosos pelos poderes públicos. Criminalização do direito de opinião.

1 - Introdução

“Se alguém supõe ser religioso ... enganando o próprio coração, a sua religião é vã” (Tiago 1:26).

Um dos sinais característicos da modernidade é o reconhecimento universal de que todos os seres humanos são sujeitos de direitos e de liberdades fundamentais inerentes à condição humana, e de que toda nação tem a obrigação de respeitar e garantir a efetividade dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

A concepção de que os direitos fundamentais da pessoa humana constitua objeto de regulação por parte da comunidade internacional, seu reconhecimento, desenvolvimento e preservação, somente veio a tona após as desastrosas violações dos direitos humanos pelos abomináveis regimes totalitários, alemão (holocausto) e o soviético.

A consciência de toda a humanidade foi horrivelmente ferida pelas atrocidades perpetradas por esses regimes contra seus próprios patrícios e estrangeiros. Sob esse pano de fundo, todas as nações decidiram que a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais deveriam ser o principal objetivo da Organização das Nações Unidas (ONU).

O movimento internacional de defesa dos direitos humanos, concretizado sob a forma de tratados, acordos, pactos internacionais protetivos dos direitos humanos, foi, indubitavelmente, gestado em razão dos horrores da era Hitler e da resposta às atrocidades cometidas a milhões de pessoas durante o nazismo.

No âmbito da nossa Federação, a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nunca vista que os direitos e garantias nela expressos **“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”** (art. 5º, §2º). Assim, os direitos assegurados nos Tratados de Direitos ratificados pelo Brasil integram a relação de direitos constitucionalmente tutelados, protegidos.

Indiscutivelmente, foi um grande avanço a consagração e tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, particularmente quanto ao direito de liberdade de consciência e de liberdade religiosa. No contexto dos direitos fundamentais reconhecidamente consagrados pela comunidade internacional, a liberdade religiosa é um dos que merece ser destacado, particularmente por constituir o âmago de toda a problematização a ser abordada na presente tarefa.

Ninguém se engane que a liberdade religiosa constitui uma temática por demais complexa e delicada. Sua complexidade se cristaliza no fato de que a inteligência desse tema depende de uma abordagem interdisciplinar, de incursões que vão além da ciência jurídica, envolvendo

também a história, a teologia, a filosofia, a antropologia e a ciência da religião. É delicado porque ostenta o desafio de se conviver num mundo plural, onde a intolerância religiosa ainda é uma realidade. Inequivocamente, existe nas religiões uma tendência muito forte à intolerância. A sua complexidade ainda se manifesta quando se trata de questões alusivas à guarda do sábado bíblico, o ensino religioso nas escolas públicas, o diálogo inter-religioso e a ostentação de símbolos religiosos e imagens sacras nas repartições públicas.

Com efeito, a Lei Fundamental de 1988 assegura expressamente a liberdade religiosa em seu artigo 5º, incisos VI e VIII, *in verbis*:

“VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

A prática do direito à manifestação da religião é um direito constitucional, garantindo a Carta Magna, nos termos dos incisos estampados, o princípio da inviolabilidade de consciência e de crença, sendo, portanto, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção dos locais de cultos e suas liturgias. Essa garantia, diga-se de passagem, se estende, inclusive, àqueles que sequer professam algum credo como é o caso dos ateus.

Cumpra, ainda, ressaltar que a lei penal pune crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 208 a 212 do Código Penal).

De curial sabença que o Estado brasileiro é reconhecidamente laico conforme está expressamente positivado pelo constituinte originário no art. 19, inc. I da Constituição Federal.

No entanto, constata-se, em todo o país, o uso de símbolos religiosos em ambientes dos plenários dos tribunais, casas legislativas e órgãos executivos. Com efeito, o Estado brasileiro foi colonizado pela Coroa portuguesa e a presença da Igreja Católica deixou marcas profundas na cultura religiosa brasileira, de modo que sua influência ainda continua muito presente em nossa sociedade, seja ela materializada por meio de símbolos normalmente afixados nas entradas dos prédios públicos, mesas de trabalho, seja por expressões impressas em expedientes oficiais etc.

Este cenário é motivo para se questionar se a laicidade proclamada pelo Estado brasileiro é de fato.

Portanto, a problemática trazida à baila objetiva fazer uma reflexão sobre o instigante tema da liberdade religiosa frente ao paradigma do Estado laico brasileiro.

2 - Deus e César: tipologia da Igreja-Estado

A Sagrada Escritura, pela pena do escritor sacro Lucas, narrando um episódio alusivo à questão do tributo, diz que alguns emissários foram enviados da parte dos escribas e principais sacerdotes à presença de Jesus, fazendo a seguinte indagação: *É lícito pagar tributo a César ou não?* Em tom majestoso, o Mestre pediu-lhes fosse apresentada uma moeda. Jesus, olhando-os, replicou: *De quem é a efígie e a inscrição?* Os jovens fariseus prontamente lhe disseram: *De César.* O César na época era Tibério, belo e cruel. Com base na resposta dos fariseus, o Mestre pronunciou uma

sentença de valiosíssimo efeito prático: *Daí, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus.* (Lc. 20: 21-25).

Nesse episódio os tentadores haviam perguntado se era permitido pagar tributo e Jesus aconselhou-os a devolver o que era de César, como se fosse uma dívida. Princípio admirável que une a relação do homem com Deus e com o Estado – deixando de forma bem transparente os direitos de cada um.

Os papéis revelam-se, nesse relato bíblico, bem diferenciados: Deus e o Estado - a ordem religiosa e a ordem política, secular – duas pertencças certamente distintas, sendo a divina superior a outra, mas não opostas. Elas podem muito bem coexistir pacificamente para promoção da paz e felicidade do ser humano.

Além disso, é de bom alvitre ressaltar que a Reforma Protestante - durante a Idade Média (séc. XV) - foi um marco histórico de significativo relevo que contribuiu seguramente para a ruptura do consórcio Igreja-Estado.

Martinho Lutero, monge católico, inconformado com a ética do clero romano, obtendo o apoio de príncipes alemães, anelantes por revolução social que os libertasse do monopólio tirânico do catolicismo, aquele “atrevido” e ousado monge denunciou os desmandos e o autoritarismo do Sacerdócio de Roma, o qual – durante as nefastas ações do “Santo Ofício” - encetou uma era de intensa perseguição religiosa (e cujo Apóstolo-mor, ainda neste tempo pós-moderno, marcado pelo pluralismo - se afirma representante máximo de Jesus Cristo na Terra) – o que resultou em abusos, denúncias falsas e anônimas, assassinatos, roubo, tortura e morte lenta de milhares de pessoas que ousavam crer diferente da doutrina então prevalecente.

Esta série de ocorrências contribuiu, decisivamente, para o lançamento das bases da separação da Igreja do Estado e para o pluralismo religioso presente na contemporaneidade.

No transcorrer da “idade das trevas”, o mundo de então era influenciado por uma mentalidade religiosa monolítica, unidirecional. Havia uma única cosmovisão religiosa, entretantes, com o alvorecer dos ideais da modernidade (séc. XVII), inspirada pelo postulado da razão, instrumento responsável pelo *“emergir da consciência autônoma, da consciência histórica e do espírito crítico”*, a humanidade passou a se reger por outras cosmovisões que permitiram a abertura de espaço para a coexistência e convivência de inúmeras formas de expressões religiosas.

Com o naufrágio do domínio papal, o esmaecimento do monopólio religioso da liderança vaticanista no mundo, a religião começava a ceder passo para a razão, e os Estados modernos se dispuseram a romper a relação entre o poder religioso e o político.

3 - O homem e a liberdade religiosa

“Combater a religião é atentar contra a sociedade.” (Barão de Montesquieu)

O homem é, por natureza e vocação, um ser religioso. Os homens têm expressado de múltiplas formas sua busca de Deus por meio de suas crenças e de seus comportamentos religiosos (orações, sacrifícios, cultos, meditações etc).

A religião sempre esteve presente na vida do homem, desde tempos imemoriais. Inequivocamente, é conhecida a importância da religião na vida do ser humano. Esse fato é uma verdade axiomática, imbatível. Para Leon Tolstoi (1828-1910) *“o homem pode ignorar que tem uma religião, como pode também ignorar que tem um coração;*

¹ PANASIEWIC, Roberlei. **Pluralismo religioso contemporâneo: dialogo inter-religioso na teologia de Claude Geffré.** Paulinus, São Paulo. 2007, p. 57.

mas sem religião e sem coração, não pode viver”.

É axiomático pontificar que o direito à liberdade religiosa insere-se no quadro contemporâneo das liberdades públicas reais, como uma de suas expressões mais significativas. Nesse contexto - o poder público deve tutelar a liberdade religiosa das pessoas, da forma mais ampla, a fim de propiciar a paz social. A liberdade é um valor que decorre da dignidade da pessoa humana – garantia constitucional e expressão da cidadania – constitui sumo valor, que não é patrimônio de pessoas ou de grupos, antes, pertencimento de toda a coletividade.

Além do mais, a Carta Magna afirma, expressamente, ser inviolável a liberdade de crença bem como os locais de cultos.

Pela ótica dos direitos humanos, o direito de crer e expressar a fé acha-se contemplado pelos princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (10.12.1948), que declara expressamente no inciso XVIII – *in litteris*: “Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

O disposto no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (INU) - textualiza:

“Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

Merece, ainda, enfoque textos editados pela Organização das Nações Unidas – ONU, pinçados da Resolução n.º 36/55.

“Art. 1º. Ninguém será sujeito à coerção por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou pessoas que debilitem sua liberdade de religião ou crença de sua livre escolha”.

“Art. 6º. O direito à liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença incluirá as seguintes liberdades: (...)

h) OBSERVAR DIA DE REPOUSO e celebrar feriados e cerimônias de acordo com os preceitos da sua religião ou crença.”

Além desses valorosos diplomas universais que tratam de direitos humanos relativos à liberdade religiosa, o Brasil se comprometeu, pelo Pacto de São José da Costa Rica a respeitar o sentimento religioso (Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992):

“Artigo 12. Liberdade de Consciência e de Religião:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças,

individual ou coletivamente, tanto em público como em privado”.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.”

Aldir Soriano², exímio estudioso das ciências das religiões, sobre a origem do termo “liberdade religiosa” – nos presta os seguintes subsídios:

“A expressão “liberdade religiosa” foi utilizada, provavelmente, pela primeira vez no segundo século da era cristã. Tertuliano, um advogado convertido ao cristianismo, usou essa expressão na sua obra intitulada *Apologia* (197 d.C.), para defender os cristãos que passavam por uma feroz perseguição religiosa empreendida pelo Império Romano. A obra foi endereçada aos governantes romanos a fim de sensibilizá-los acerca das injustiças e violências praticadas contra os cristãos. A *Apologia* de Tertuliano foi vista, sem dúvida nenhuma, como uma excentricidade, por muitos que a conheceram no distante século II d.C. Como se sabe, o Império Romano só passou a tolerar o cristianismo a partir do século IV d.C. e a liberdade

² SORIANO, Aldir Guedes. **O direito à liberdade religiosa**. In: *Jornal Correio Braziliense*. Brasília, 08 de novembro de 2004, Caderno Direito & Justiça, p. 2.

religiosa permaneceu uma idéia estranha, extravagante e por muitos ignorada até o século XVIII, quando teve início a chamada era dos direitos, no dizer de Norberto Bobbio. Assim como no tempo de Tertuliano, a defesa do direito à liberdade religiosa pode parecer uma excentricidade, mesmo num país democrático como o Brasil. Isso é válido, principalmente no que diz respeito àqueles que professam uma crença diferenciada e pouco compreendida, como os observadores do sábado bíblico. Mais de um milhão de cristãos e judeus, que vivem e trabalham no território brasileiro possuem essa crença singular. Essa grande minoria encontra dificuldades no mundo moderno, principalmente, nas provas escolares, vestibulares e concursos públicos discricionariamente marcados no dia de sábado. O direito à liberdade religiosa não pode ser anulado pelo interesse público. A supremacia do interesse público sob o interesse privado não pode prevalecer quando se trata de um direito fundamental da pessoa humana. Admitir a supremacia do interesse público sob este viés, seria uma violação do princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. Ademais, o interesse público, como assinala John Rawls, não é superior aos interesses religiosos ou morais. Assim,

o Estado não pode restringir as convicções religiosas quando estas entram em choque com os seus interesses. (RAWLS, 1997).

4 - Definição conceitual de Estado Laico

O vocábulo “laico” tem origem no étimo da palavra grega “laikós”, que significa “profano”, em contraponto “a sagrado”. Para De Plácido e Silva, Laico vem do “latim *laicus*, é o mesmo que *leigo*, equivalendo a de *secular*, em oposição de *eclesiástico*, ou *religiosos*”. Ostenta a idéia de neutralidade, indiferença.

Ademais, conveniente salientar que a neutralidade estatal, em matéria religiosa, não equivale a ateísmo nem a secularismo, que tem como filosofia a total ruptura de vínculo com o poder secular, rejeitando qualquer influência nas atribuições do Estado pelas instituições religiosas.

Não é outra a intelecção do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos:

“A liberdade de organização religiosa tem uma dimensão muito importante no seu relacionamento com o Estado. Três modelos são possíveis: fusão, união e separação. O Brasil enquadra-se inequivocadamente neste último desde o advento da República, com a edição do Decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1890, que instaurou a separação entre a Igreja e o Estado. O Estado brasileiro tornou-se desde então laico. (...) Isto significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se (...)”. (BASTOS, 1996, p. 178).

Com a instituição da forma republicana de governo, o Estado brasileiro deixou de ser um Estado confessional, adotando, assim, o paradigma da laicidade. Isto significa dizer que os três poderes da República, doravante, estão vedados, por força dos incisos VI, do art. 5º. c/c o art. 19, I da Lei Maior, de exercer influência, prejudicar, embaraçar o livre exercício do direito de liberdade de seus cidadãos, bem como tolher a atividade de qualquer organização religiosa existente no País.

5 - Paradigma da laicidade na Constituição Federal de 1988

A laicidade é um valor conquistado a partir dos ideais egressos da Revolução Francesa, a qual se inspirou no movimento Iluminista do séc. XVIII, cujos arquitetos passaram a defender que a religião não mais deveria ser considerada a origem do poder terreno, que deveria ser deslocada para o indivíduo. Assim, a religião foi cedendo passo para que o Estado assumisse a condição de autoridade e passasse a ser o titular do exercício do poder.

Apenas Estados democráticos, edificados sob os pilares da concepção iluminista, conseguiram adotar em suas constituições o paradigma da laicidade, corolário da separação Igreja-Estado, a fim de garantir a liberdade de religião como direito fundamental da pessoa humana.

Nesse passo, o Estado se tornou laico, vale dizer, deixou de adotar uma religião oficial, quedou-se neutro em matéria de religião, permitindo, porem, o livre exercício de credos.

Carlos Jamil Cury³ explicita que *“A laicidade expressa, então, a emersão das várias faces dos direitos civis como a*

³ BAPTISTA, Paulo Agostinho Nogueira. *O sagrado e o urbano: diversidades, manifestações e análise*. São Paulo: Paulinas, 2008, p. 127.

liberdade de expressão, de consciência e de culto. A laicidade implica também a não-convivência do Estado com uma confissão oficial”.

O paradigma da laicidade vigente na sociedade brasileira é corolário da separação formal da Igreja-Estado, consubstanciada na data de 7 de janeiro de 1.890, pelo Decreto nº 119-A, gozando de dignidade constitucional a partir da Constituição de 1.891. Oportuno averbar que até 1.890 o catolicismo romano era oficialmente a religião adotada pelo Estado brasileiro, que proibia formalmente manifestação pública de outras vertentes religiosas, consoante norma prevista nos termos do art. 5º da Constituição de 1.824.

Enaltecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (10.12.1948), a liberdade religiosa tem sua raiz no primado da dignidade da pessoa humana - um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Portanto, em matéria de religião, o constituinte doméstico consagrou o ideal de liberdade (liberté), correspondente à primeira dimensão dos direitos fundamentais. Por esse prisma, o Estado impõe a si limite à sua atuação, caracterizando uma prestação negativa, um não-fazer do Estado em prol do cidadão.

Além de reconhecer e consagrar a liberdade religiosa, o constituinte criou instrumentos jurídico-constitucionais visando a efetividade do exercício do citado direito.

A vigente Lei Fundante da República Federativa textualiza, no inc. VI e VIII do art. 5º - *litteris*:

“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas

liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Doutrinando acerca do dogma da laicidade e da liberdade religiosa, o inescrivável jurista Gilmar Ferreira Mendes⁴, afirma que:

“O Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus. Por isso, admite, ainda que sob a forma de disciplina de matrícula facultativa, o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, §1º). (...) A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (CF, art. 19, I). (...) A Constituição protege a liberdade de religião para facilitar que as pessoas possam viver sua fé”.

O Estado é, por excelência, o grande instrumento que vai garantir a plena liberdade religiosa, o livre exercício de

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2ª Edição. Editora Saraiva: 2008, pp. 418-419.

culto e a proteção aos locais de cultos, possuindo um verdadeiro aparato jurídico a fim de permitir e assegurar a existência do pluralismo religioso na sociedade brasileira.

Por falar em função protetora do Estado ao exercício da liberdade religiosa, MARIANO⁵ pontua - *in verbis*:

“É do Estado que se reivindica: a pronta repressão à privação de direitos por motivos de crença religiosa, à discriminação, a intolerância e a perseguição religiosas; a proteção dos locais de culta e suas liturgias, como prescreve a Constituição brasileira; a defesa dos que se vêem vitimados ou têm seus direitos fundamentais violados por determinados agentes religiosos”.

Destacado expoente da representação da Igreja Católica Romana no Brasil (Dom Odilo P. Scherer - arcebispo de São Paulo) exarou sua posição acerca do paradigma da laicidade – nos moldes adiante gizados:

“A laicidade do Estado implica o respeito do Estado pelos cidadãos e pelas suas escolhas religiosas livres; além disso, garante às organizações religiosas sua livre organização para atingirem seus objetivos, sempre no respeito à lei comum. Não é, pois, aceitável que o Estado seja alocado a serviço de uma única corrente de pensamento”.

⁵ MARIANO, Ricardo. **Secularização do estado, liberdades e pluralismo religioso**, p. 1.

E continua sua digressão:

“Bom, para quem não sabe, um Estado Laico significa um Estado sem religião oficial. Este modelo de governo é considera respeitoso a todos os cidadãos que independentemente de sua religião, ou falta dela, vão ter seus direitos e suas necessidades respeitados e protegidos pelo Estado. O Brasil já segue este modelo há um tempo, como sabemos, na época da colonização, o Estado e a Igreja Católica andavam juntos”.

6 - Polêmica sobre o uso de símbolos religiosos pelos poderes constituídos

O *ethos* religioso da sociedade brasileira é profundamente sincretista sendo fruto da cultura catolicista instalada em solo pátrio desde a chegada da coroa portuguesa no início do século XVI.

A polemizante utilização pelos poderes constituídos da República de signos sagrados, tais como imagens sacras, capelas, Bíblias, crucifixos em entradas de prédios públicos, plenários de tribunais, casas legislativas, tem gerado inúmeras críticas, com opiniões a favor e contra.

Os discordantes argumentam que o Brasil é um Estado laico, aconfessional, desde a primeira Constituição da República (1891), não mais adotando o Catolicismo como religião oficial do País, a cujos pés, diga-se *an passant*, o mundo todo se curvara durante vários séculos.

Por outro lado, os que se manifestam a favor se apóiam

no fato segundo o qual a sociedade brasileira, na sua maioria, possui tradição e cultura cristã, não farpeando o paradigma do Estado laico consagrado na Constituição Federal de 1988.

De certo, o povo brasileiro possui ardorosa religiosidade graças à educação inicialmente católica imposta aos indígenas e escravos nos tempos da colonização.

Efetivamente, a separação entre Estado e Igreja nada mais é do que um pilar dos Estados Democráticos de Direito, valor conquistado a partir dos ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa, no final do século XVIII.

Nesse sentido os poderes instituídos da República, em decorrência da laicidade adotado pelo Estado brasileiro, falece-lhe justificativa para aceitação de símbolos sacros nos prédios públicos.

A tolerância à presença de signos religiosos nas três esferas do poder público, de certa forma, conspira contra o pluralismo e a diversidade cultural religiosa caracterizadora da sociedade brasileira, onde convivem ateus, agnósticos, espíritas, umbandistas, católicos, evangélicos, pentecostais, neopentecostais etc.

Nesse passo, defende-se que o Estado deve manter-se equidistante do seguimento religioso, devendo prevalecer o interesse público. O Estado, sem preferenciar religião A ou B, tem o sagrado *munus* constitucional destinado a garantir com amplitude a liberdade religiosa a todos os cidadãos, independentemente do rótulo denominacional.

Criticando a utilização de objetos religiosos pelos poderes da República, valioso transcrever trecho do artigo escrito e publicado na *Internet* por Fernando Queiroz⁶:

“Entendemos haver um equívoco ao se afirmar que o Brasil acredita em

⁶ Fonte: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8519>.

Deus. Quem pode acreditar ou não são os brasileiros. Vemos que hoje há um predomínio de símbolos religiosos em prédios públicos, em sua maioria, crucifixos. Sendo o Brasil um Estado laico, que se coloca como neutro no que diz respeito à religião, então onde se assegura o direito das minorias não adeptas de tais símbolos?

Como bem afirma Dr. Roberto Arriada Lorea "(...) O Brasil é um país laico e a liberdade de crença da minoria, que não se vê representada por qualquer símbolo religioso, deve ser igualmente respeitada pelo Estado". (LOREA, O poder judiciário é laico. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 set. 2005. Tendências/Debates, p.03). Saliente-se então que, conforme nosso entendimento, não é lícito que prédios públicos ostentem quaisquer símbolos religiosos, por contrariar o princípio da inviolabilidade de crença religiosa. O Estado deve respeito ao ateísmo e quaisquer outras formas de crença religiosa. O predomínio do Catolicismo no Brasil não justifica tais símbolos.

Significante destacar decisão, em caráter definitivo, do Conselho Nacional de Justiça - prolatada em junho de 2007 - na qual foram julgados e rechaçados pedidos para retirada de símbolos sagrados das dependências do Judiciário. Confira-se:

"O Conselho Nacional de justiça (CNJ) indeferiu o

pedido de retirar os símbolos religiosos das dependências do Judiciário. O Plenário concluiu o julgamento dos quatro pedidos de providencia (1344, 1345, 1346 e 1362) que questionavam a presença de crucifixos em dependências de órgãos do Judiciário. A decisão, quanto ao mérito, foi tomada pela maioria do plenário na sessão do dia 29 de maio. O relator propôs a abertura de consulta pública, com o objetivo de aprofundar o debate. O plenário rejeitou a proposta e decidiu julgar o mérito da questão. Todos os presentes, exceto o relator, entenderam que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na imparcialidade e universalidade do Poder Judiciário. O julgamento não foi concluído porque, na ocasião, o relator declarou restar dúvidas sobre o assunto e não proferiu o voto.

Nesta quarta-feira (06/06), o relator apresentou o voto a favor da retirada dos símbolos das dependências do Judiciário. Segundo o relator, o estado laico deve separar privado de público. O relator defendeu que no âmbito privado cabem as demonstrações pessoais como o uso de símbolos religiosos. O que não deve ocorrer no âmbito público.

A maioria do plenário manteve a decisão contrária à retirada dos símbolos religiosos, concluindo o julgamento dos procedimentos. **(fonte: site: www.cnj.gov.br)**

Em última análise, por ser laico, o Estado não opta por uma religião oficial. No entanto, deve assegurar um pluralismo religioso saudável, garantir ampla liberdade religiosa a todos, conferir autonomia às organizações religiosas e, finalmente, reprimir qualquer conduta que vise a tolher o direito fundamental de liberdade religiosa sob pena de erodir o pilar da democracia reinante no país.

7 - A liberdade Religiosa e o Projeto de Lei 122/2006

“Liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem.” (Barão de Montesquieu)

Conforme apregoado alhures, um dos direitos fundamentais consagrados na atual Constituição Federal é a liberdade religiosa (art. 5º, inc. VIII). Ninguém, em nenhum lugar, pode expressar sua crença se não existir a garantia da liberdade religiosa.

E por falar em liberdade – baluarte da democracia - é próprio do ser humano sua busca e conquista. O filósofo e pedagogo Gabriel Chalita⁷ sobre tal relevante anelo da pessoa humana, assim se manifestou:

“Perdê-la é sempre o seu maior temor. Não há nada tão precioso e, ao mesmo tempo, tão difícil de ser obtido. Sem liberdade não há vida. A possibilidade de escolher, de duvidar, de errar, de procurar, de experimentar, de dizer não a uma imposição, seja literária, seja artística, filosófica, religiosa, política; dizer não com consciência, com convicção é condição de liberdade. (...) Para sermos livres, não precisamos de poder, nem de beleza, nem de um corpo apolíneo, nem de bela voz, bem de temperamento especial, nem de dons artísticos, nem de origem em berço de ouro. Somente o

⁷ CHALITA, Gabriel. **A solução está no afeto**. 13 edição. São Paulo: Editora Gente, p. 67-68.

conhecimento sem medo, e a consciência de que se tem esse poder são necessários para a liberdade. Sem ela seremos escravos dos outros e de nos mesmos”.

O Cristianismo, na sociedade brasileira, com sua diversidade religiosa, continua sendo a religião praticada pela grande maioria da população. Na cultura ocidental, todas as suas instituições, a sua história, estão permeadas por ele. Sem ele a nossa sociedade perderia sua identidade, seus valores.

De inegável sabença, o pluralismo religioso revela um *ethos* da pós-moderna sociedade brasileira. Nas últimas décadas tem-se verificado um ativismo enorme das minorias reivindicando direitos iguais. Entretanto, esse fenômeno se mostra um tanto estranho quando é buscado o reconhecimento de direitos ofensivos a princípios e valores que os cristãos deste país defendem com respaldo no Livro mais lido do universo; A Bíblia Sagrada.

Desta forma, escorado nesses decantados valores bíblicos, os seguimentos evangélico e católico, sob o argumento de defesa da família, têm-se organizado em passeatas, manifestações públicas, não só contra esse projeto por se afigurar prejudicial à liberdade de expressão e religiosa, mas também em desprol do aborto, pesquisas de células-tronco humanas, eutanásia etc.

Os articuladores do chamado “Movimento pró-homossexualismo” vêm desencadeando uma ferrenha e intensa cruzada - pressionando as autoridades públicas - para que seja legitimada a união cível homossexual, com direito de casar entre si, homem com homem, mulher com mulher.

A respeito da questão, vem tramitando o PL 122/2006,

de autoria da Senadora Fátima Cleide (PT-RO) - rotulado de “Lei da Mordça”, uma vez que, segundo os movimentos em defesa da liberdade, essa proposição é vulneradora da liberdade de expressão e de religião. Esse projeto visa alterar a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao parágrafo 3º, do art. 140, do Decreto Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940 (CP) – e ao artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo DL n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

Com fito de melhor análise do citado projeto de lei – de relevo trazer à baila os artigos mais polêmicos.

Ementa:

Art. 2º. A ementa da lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: **Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”.**

Art. 5º. Os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 5º. Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao publico.

Pena – reclusão de um a três anos.

Art. 8º. Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas manifestações e expressões permitidas aos demais cidadãos e cidadãs: Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 16. Constitui efeito da condenação:

VI – suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a três meses”
(grifos nossos)

Esses são os dispositivos do projeto que tem sido alvo da mais intensa crítica de comunidades religiosas, movimentos em defesa da família e juristas. O principal argumento repousa no fato de que o projeto contém material pronto para trepidar o Estado Democrático de Direito que tem o primado da liberdade um de seus pilares.

A crítica ao disposto no art. 8º é que, em ambientes abertos ao público como igrejas, poderá acontecer que se determinado casal resolver praticar atos erótico-afetivos no santuário, um sacerdote ou pastor ficará proibido de fazer qualquer reclamação, sob pena de ser tachado de homofóbico, podendo responder pelo crime de homofobia e ser levado à prisão.

Inúmeros manifestos foram publicados na *Internet contrapondo a proposta legislativa*. Oportuno destacar o manifesto da Igreja Anglicana, encaminhado aos membros do Congresso Nacional, enaltecendo o direito à liberdade religiosa.

Valioso, portanto, conferir trecho extraído do citado manifesto:

“Manifesto Anglicano”:

A AGENDA HETEROFÓBICA E A AMEAÇA À LIBERDADE RELIGIOSA. Nós, representantes de diversas jurisdições integrantes do “Movimento **Anglicano** por uma Causa Comum”, preocupados com a preservação da Liberdade Religiosa na sociedade e no Estado Democrático de Direito no Brasil, crescentemente ameaçada por uma agressiva ideologia secularista, que distorce o conceito de Estado Laico em Estado Anti-Religioso, reafirmamos o papel histórico, cultural, social e moral das religiões

particularmente do Cristianismo na formação e preservação da nossa Nacionalidade, e o direito ao exercício responsável da cidadania, a partir da experiência da fé e dos valores emanados da Revelação, rejeitamos a equivocada concepção de se enclausurar a fé na irrelevância da mera individualidade e subjetividade, ou nos espaços físicos dos lares e dos templos, e alertam para a concreta ameaça à Liberdade Religiosa neste País, a partir de uma agenda heterofóbica cada vez mais adotada por setores da mídia e dos Poderes da República, financiada, inclusive, com o dinheiro do contribuinte não-consultado. O projeto de Lei nº. 5003/01, de autoria da Deputada Iara Bernardes (PT-SP), aprovado na Câmara dos Deputados, porém ainda sujeito a emendas e deliberações do Senado Federal e de vetos do Presidente da República, criminaliza todos os cidadãos que, respeitando os direitos civis e a dignidade da pessoa humana, ousarem discordar da agenda homossexual.

O consenso histórico das Igrejas Cristãs tem ensinado que o homossexualismo é um desvio do projeto original de Deus, e decorrência do Pecado Original, que a sua inclinação é uma tentação e a sua prática um pecado. A heterossexualidade é normativa, e as famílias devem ser defendidas. A não-ordenação sacerdotal e a não-bênção sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo, e a não-aceitação de expressões erótico-afetivas dessa opção em espaços particulares é um direito e um dever da coerência cristã. Precisamos, pois, de um claro pronunciamento dos Poderes Públicos (como aconteceu com a Suprema Corte de Justiça do Canadá) de que esse posicionamento histórico das Igrejas deve ser assegurado aos níveis da instituição, da hierarquia e dos fiéis, vedada qualquer ameaça ou criminalização. O apóstolo Pedro, no Livro dos Atos dos Apóstolos, nos chama a atenção que — devemos antes obedecer a Deus do que aos homens“, e a Igreja de

Jesus Cristo tem se movido, ao longo dos séculos, tantas vezes, pelo sangue derramado por seus mártires, que foram presos, torturados, exilados ou executados por serem coerentes com a sua fé e por não negociarem os seus princípios diante da tirania do Estado. Deus não nos deu um — espírito de covardia“. Apelamos à Sociedade Civil e à Sociedade Política para que prevaleça o bom senso e o Direito, que a Liberdade Religiosa não seja agredida. Como cristãos, cidadãos responsáveis e contribuintes, exigimos que nossos direitos sejam plenamente assegurados, e que o verdadeiro Laicismo Republicano que não se confunde com a ideologia secularista, como - “politicamente correto“, ou com a agenda gay - seja mantido e afirmado. Recife (PE), 30 de novembro de 2006. Diocese do Recife (DR) - Comunhão Anglicana œ Sob Autoridade Primacial da Igreja Anglicana no Cone Sul da América Revmo. Dom Edward Robinson de Barros Cavalcanti - Bispo Diocesano.⁸

O grande líder evangélico, Pr. Silas Malafaia, apologista estrênuo dos valores da família e dos princípios bíblicos, no Programa “Vitória em Cristo”, em 26.06.2008, pontuou: “O que não admitimos é uma classe especial de cidadãos, pois somos todos iguais. Pode-se criticar Deus, diabo, Governo, imprensa, padre, pastor, mas com a aprovação deste projeto de lei não podemos criticar o homossexual, senão seremos presos. Isto vai contra o princípio do Estado democrático, que prevê na Constituição a liberdade de expressão”.

O Procurador da República, Guilherme Scheib, nesse mesmo programa, entrevistado pelo Pr. Malafaia, argumentou: “Ninguém poderá emitir críticas àqueles que escolheram outra orientação sexual, pois a lei criminalizará este pensamento”.

⁸ Fonte: <http://www.reflexoes.diarias.nom.br/COLABORADORES/ALVARO/MANIFESTOANGLICANO.pdf>

Pelos termos do projeto se pode perceber uma tentativa de inserir no ordenamento jurídico a figura penal da “criminalização da liberdade de pensamento” e, de maneira camuflada, atingir as igrejas tradicionais que são as instituições que mais defendem a integridade da família e dos valores cristãos, daí a razão da articulação contra a aprovação desse projeto, pois há um grande temor de que não mais será permitido tecer-se comentário negativo contra a prática homoafetiva sem que seja tachado de preconceito ou discriminação.

Nas Escrituras Sagradas a “homossexualidade” é considerada uma prática ofensiva à ordem natural estabelecida por Deus, tachando o escritor sacro de abominação, paixão infame, perversão moral (Lv. 18:22; 20:13; Rm 1:26,27 e I Co 6:9-10).

Inobstante, uma coisa deve ser dita: as minorias em geral precisam ser respeitadas, independentemente da prática de seus atos, inclusive pelas igrejas e sujeitos religiosos em geral. Preconceito algum pode ser tolerado contra quem quer que seja, vai de encontro à ética do Evangelho de Cristo que prega o amor. O preconceito, com efeito, sempre existiu ao longo dos séculos. Em determinado período, os próprios cristãos foram alvo principal do preconceito. Pouco tempo da morte do Senhor, relatam as Sagradas Escrituras que houve uma onda violenta de perseguição contra os seus seguidores (Atos 8:3; 9:1,2; 26:10,11).

Não é possível esquecer (séc. XI) as famigeradas cruzadas; em meados do século vinte, Adolf Hitler jogou lenha na fogueira do anti-semitismo culpando os judeus pela derrota da Alemanha na 1ª Guerra Mundial. E assim vai, a chama do preconceito continuará latente por muitos séculos.

Entretanto, o que não pode, por óbvio, é um grupo minoritário militante reivindicar direitos iguais com cerceio

de outros direitos fundamentais (liberdade religiosa e de expressão) garantidos constitucionalmente, em nome da doutrina dos direitos humanos.

Por falar em direitos humanos, os arautos do secularismo se apegam a esse mote como pretexto para tentar remover da esfera pública, não somente o cristianismo, mas qualquer outra forma de expressão religiosa, é dizer, implantar em solo pátrio, uma sociedade sem Deus, ateuística, agnóstica.

Em síntese, o secularismo é uma filosofia que tem em mira solapar e desterrar, sistematicamente, as religiões, cristãs ou não-cristãs, das civilizações, sob o pálido argumento de que a religião é inerentemente obscura e preconceituosa. São, na verdade discípulos da escola de Nietzsche, o qual, movido por grande sentimento de desprezo pela religião, chegou a apregoar a “Morte de Deus”. Em sua obra “O Anticristo”, citado filósofo destila todo o seu veneno contra o Cristianismo.

Portanto, o Projeto de Lei 122/06 ostenta ser, em suma, uma ferramenta para fazer calar vozes que se levantam a favor do pleno exercício da liberdade de opinião modelado no art. 5º, inc. VI da CF de 1988. Esse projeto se delineia, indisfarçadamente, não apenas como uma ameaça à liberdade de expressão e à liberdade religiosa, mas também se apresenta letal à identidade nacional e aos valores da nação brasileira - construída sobre o fundamento do Estado Democrático de Direito – revelando, assim, potencialmente capaz de desmontar aquelas liberdades que o próprio Cristianismo criou.

Cabe, por ultimo, ressaltar que juristas e especialistas, versados em assuntos religiosos, não hesitam em sustentar que haverá enorme retrocesso às interferências estatais na vida das igrejas, porquanto as autoridades públicas, doravante, passarão a exercer forte controle de muitas das

ações da vida das instituições religiosas, pondo, assim, na berlinda o primado da liberdade religiosa em nosso país.

Pertinente a observação do nomeado jurista Alexandre de Moraes, o qual, com a cátedra que lhe é peculiar, traz a seguinte lição sobre o relevante tema da liberdade religiosa:

“A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois como salientado por Themístocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação (...) O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-la a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversas constituições para uma verdade universal”⁹.

8 - Considerações Finais

O poder público e o religioso são perfeitamente compatíveis, não existe hostilidade entre uma pertença e outra, ao contrário, são instituições dotadas, com suas peculiaridades, de mecanismos que podem ser usados para a promoção da pacificação social, construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminação e preconceitos, valores estes reconhecidos como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF).

O Estado, tradicionalmente, é uma abstração, criação humana, de caráter social e politicamente organizada,

⁹ MORAES Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 8 edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007, p. 123.

porém, insuficiente para satisfatividade das múltiplas carências humanas.

A instituição estatal, inexoravelmente, não tem como penetrar no mundo interior do homem, visitar os subterrâneos do coração humano. Tal missão, por conseguinte, está afeita à Igreja (em sua dimensão espiritual) – a ela pertence o imenso desafio de, guiada pela luz da Revelação bíblica, olhar para o imo humano e construir e/ou reconstruir sua dignidade, libertar das profundas marcas deixadas pela “Queda”, que a teologia agostiniana chama “Pecado Original”.

Os objetivos fundamentais da República Federativa brasileira - emoldurados na Lei Fundamental – constituem, em parte, valores imateriais, realidades metafísicas - de incalculável valor para promoção da paz e convivência harmônica do homem em sociedade. Essas pérolas são, diga-se de passagem, aquinhoadas não pela prática em si da religião, pela via das liturgias dos templos, mas hauridas a partir de uma íntima relação com o Criador, de uma relação vertical com o Ser Supremo: Deus.

Por esse diapasão, é forçoso pontificar que o Estado, por meio de seus representantes, instituições e órgãos públicos, não é auto-suficiente para satisfazer completamente às necessidades do indivíduo.

Nesse contexto, a Igreja, na condição de parceira do poder público, possui o relevante papel, com a vocação divina de agência do Reino Celestial - de contribuir para a formação do caráter moral do homem, de incutir-lhe valores transcendentais inerentes ao Reino de Deus, conforme apregoa a doutrina cristã.

A Igreja é uma “contracultura”, cuja práxis está direcionada ao combate dos (in) valores difundidos pelo mundo. Esta é sua missão. Entrementes, a Igreja (não a apostólica) causou inúmeros males à humanidade, salpicou o mundo de sangue, marcou de experiências amargas muitas gerações do passado, tudo em nome de Deus. Suas “obras”

erguem-se como um “memorial” a falar a esta e a futuras gerações o que a Igreja fez durante o período medieval, para que aquelas barbáries nunca mais voltem a se repetir.

Fala-se hoje no homem pós-moderno e de muitas crises. O ilustrado professor Glauco Filho (2006, p. 31), filósofo e teólogo cristão, de nomeada, tem muita razão ao se referir à crise do homem moderno. Para ele, “a razão, entregue a seus devaneios, acabou por divinizar o relativo, levando o homem moderno a perder o verdadeiro absoluto, gerando, assim, a crise da pós-modernidade”.

O mundo está apinhado de religiões, de sectaristas, de seitas, de fundamentalistas, livres pensadores, laicos, filósofos e intelectuais ateus de todos os matizes. Pergunta-se: É possível conviver com esse caldo cultural, sem preconceitos, discriminações, atentados terroristas e assassinatos por toda parte?

A questão é extremamente delicada, transcende as potencialidades humanas, para superar-se tantas mazelas, esfacelar as correntes do ódio a que milhões se acham aprisionados. Na verdade, hoje, com inegável ceticismo, digo que é praticamente impossível. Porém, as complicadas relações humanas, presentes na contemporaneidade, podem ser, melhoradas, se os homens resolverem humanizar-se, serem mais tolerantes, existir menos religiosidade e mais espiritualidade, pôr em prática os verdadeiros ensinamentos que nos foram legados pelo Mestre dos mestres, Jesus Cristo, cuja maior credencial é o amor. Seu estilo de vida transformou milhões e mudou, drasticamente, o curso da história da humanidade.

Fecho com as palavras do teólogo e conferencista internacional, Ricardo Gondim: *“Proponho trégua entre as religiões. Chega de incompreensão. Basta de sangue derramado em nome de Deus. Vamos entupir os fuzis dogmáticos com flores. Transformemos nossos tanques teológicos em tratores. Se crer gera amor e ódio com a mesma intensidade, concentremos nossas forças na ternura”*.

9 - Referências Bibliográficas

- BAPTISTA, Paulo Agostinho Nogueira. **O sagrado e o profano: diversidades, manifestações e análise**. São Paulo: Paulinas, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do brasil**: Arts. 5 a 17 - 2º volume. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- CHALITA, Gabriel. **A solução está no afeto**. 13ª edição. São Paulo: Editora Gente, 2001.
- FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- GONDIM, Ricardo. **Intolerância religiosa e o futuro da humanidade**. <http://www.ricardogondim.com.br/Artigos/artigos.info.asp?tp=61&sg=0&id=1127>. Acesso em: 07.mar.2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do brasil**. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007. Disponível no site:
- PANASIEWIC, Roberlei. **Pluralismo religioso: dialogo inter-religioso na teologia de Claude Geffré**. Belo Horizonte: Paulinas, 2007.
- QUEIROZ, Fernando Fonseca de. Brasil: **Estado laico e a inconstitucionalidade da existência de símbolos religiosos em prédios públicos**. Disponível no Jus Navigandi: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8519>. Acesso em: 03.mar.2009.
- QUEVEDO, Oscar G. **Fé racional**. Disponível no site: http://oepnet.sites.uol.com.br/fe_racional.htm. Acesso em: 07. mar. 2009.
- SANCHEZ, Wagner Lopes. **Pluralismo religioso: as religiões no mundo atual**. Editora Paulinas, São Paulo, 2005.
- SCHEINMAN, Maurício. **Liberdade religiosa e escusa de consciência**. Alguns apontamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 712, 17 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6896>>. Acesso em: 02 mar. 2009.
- Sociedade Torre de Vigia. **A sentinela: anunciando o reino de Jeová. Edição 1996**.
- SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- SORIANO, Aldir Guedes. **O direito à liberdade religiosa**. In: Jornal Correio Braziliense. Brasília, 08 de novembro de 2004, Caderno Direito & Justiça, p. 2.

TRIBUNAL DO JÚRI: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Marise Fortaleza Fontes Amorim

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará
Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Sumário: 1 Introdução. 2 Esboço histórico da evolução do júri 3 Instituição do Júri no Brasil 4 Princípios Constitucionais do Tribunal do júri 5 Tribunal do Júri – um direito fundamental 6 A reforma do Tribunal do Júri com o advento da Lei nº 11.689/08.

Resumo: O **Tribunal do Júri**, como instituição jurídica aplicadora de sanção penal, encontra-se inserido em quase todas as ordenações legais do globo. O Júri é uma instituição de origem incerta, mas sem dúvida muito antiga e debatida, cujo formato vem sendo moldado desde os povos primitivos, passando por todas as transformações sociais, até os dias atuais. Em consonância com os princípios constitucionais da efetividade e da duração razoável do processo, inseridos na Constituição Federal de 1988 pela Emenda n.º 45, a **Lei n.º 11.689/08**, que entrou em vigor em 09 de agosto de 2008, trouxe profundas alterações no procedimento dos crimes de competência do Tribunal de Júri, previsto no Código de Processo Penal. Vislumbra-se, assim, a necessidade de desenvolver um estudo acerca do assunto de modo a servir para uma melhor compreensão sobre as possíveis problemáticas que surgirão com a introdução da citada lei. É importante assinalar que o tribunal do júri é assegurado na Magna Carta como **direito fundamental**, elevando o instituto ao status de **cláusula pétrea** (art. 60, § 4º, IV, da CF). Os direitos fundamentais são aqueles direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de determinado Estado. São, por isso, delimitados espacial e temporalmente, isto é, variam segundo a ideologia, a

modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição consagra.

1 - INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é uma conquista dos cidadãos contra o exercício arbitrário do poder estatal, tendo, assim, uma íntima ligação com a democracia e a república, onde as liberdades cívicas são respeitadas e o indivíduo participa mais diretamente das decisões políticas do Estado.

A origem do Júri é até hoje tema bastante polêmico e sem um consenso entre os pesquisadores da instituição. Muito embora haja uma grande parte dos historiadores que remetam a instituição à época das *ordálias* inglesas, a verdade é que muitos séculos atrás já existiam indícios do Júri enquanto órgão de julgamento popular, apesar da evidente diferença estrutural do atual modelo de Júri brasileiro.

Com o objetivo de alcançar a celeridade e efetividade desejadas, bem como de deixar os princípios que norteiam o velho Código de Processo Penal, que data do início da década de 40 do século XX, em consonância com os previstos na vigente Constituição Federal, a edição da lei nº 11.689/08 trouxe profundas modificações no Processo Penal Brasileiro, muitas dessas alterações dizem respeito a instituição do Júri.

Nesse contexto, procura-se desenvolver um estudo acerca do assunto de modo a servir para uma melhor compreensão sobre as possíveis problemáticas que surgiram com a introdução da Lei n.º 11.689/08, a qual alterou significativamente o instituto do júri, e que possa, dessa forma, contribuir para o aprimoramento da matéria apresentada, visando obter um maior grau de consciência da sociedade como todo.

2 - ESBOÇO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO JÚRI

O Tribunal do Júri, como instituição jurídica aplicadora da sanção penal, encontra-se inserido em quase todas as ordenações legais do globo. O Júri é uma instituição de origem incerta, mas sem dúvida muito antiga e debatida, cujo formato vem sendo moldado desde os povos primitivos, passando por todas as transformações sociais, até os dias atuais.

Alexandre de Moraes (2005, p.77) aponta que:

A instituição do júri, de origem anglo-saxônica, é vista como uma prerrogativa democrática do cidadão, que deverá ser julgado por seus semelhantes, apontando-se seu caráter místico e religioso, pois tradicionalmente constituído de doze membros em lembrança dos doze apóstolos que haviam recebido a visita do Espírito Santo.

Há também quem defenda a origem mosaica do instituto, surgida entre os judeus do Egito pelas leis de Moisés. Para os que defendem essa corrente, lá existiam determinados critérios inerentes ao Tribunal Popular, como por exemplo, a boa publicidade, julgamento por pares, direito de defesa e análise de provas, ou seja, existiam critérios e regras previamente definidos

Outra esteira de pensamento aponta o aparecimento deste instituto nos áureos tempos de Roma com o surgimento das *quaestiones perpetues*. Estas perduraram por cinco séculos (149ac-342dc), e se notabilizaram pelo sistema acusatório atribuído aos cidadãos romanos, com exceção

das mulheres, mendigos e escravos.

Outros ainda defendem que as origens do Tribunal Popular remontam à história da velha Inglaterra, onde por volta de 1215, nascera o Tribunal do Povo. O instituto surgiu como necessidade de julgar os crimes praticados por bruxarias ou com caráter místico. Para isso, contava com a participação de doze homens da sociedade que teriam uma “consciência pura” e que se julgavam detentores da verdade divina para a apreciação do fato tido como ilícito e a aplicação do respectivo castigo.

Apesar das controvérsias acerca da origem do Tribunal do Júri, vale ressaltar ainda que entre os estudiosos sobre o assunto, alguns deles trazem como base a Santa Ceia do Senhor, buscando raízes bíblicas, pois ali estaria patente um Conselho de Jurados, escorado, certamente, em aspectos místicos e religiosos, em contrapartida, outros, bem mais realistas e objetivos, apresentavam como arcabouços dos jurados modernos, os *judices juratis* romanos.

Está claro, portanto, o quão profundas são as contradições quanto à origem do Júri, o que não parece reduzir a importância da instituição no contexto histórico-jurídico, senão enaltecer ainda mais a sua relevância e estreita vinculação com os mais diversos tipos de civilizações, enquanto órgão de julgamento popular voltado principalmente às questões criminais.

3 - INSTITUIÇÃO DO JÚRI NO BRASIL

No Brasil, o Júri como instituição jurídica nascera por parte da iniciativa do Senado da Câmara do Rio de Janeiro, que encaminhou ao então Príncipe regente Dom Pedro, proposta de criação de um juízo de jurados. Foi criado pelo príncipe em 18 de junho de 1822, através de Decreto Imperial, sendo denominado inicialmente de juizes de fato, e era

composto por 24 (vinte e quatro) juízes, homens considerados bons, honrados, inteligentes e patriotas, autorizando-se a recusa de 16 nomes e compondo-se o conselho de jurados com 8 nomes.

Nascera com uma estreita competência, cabendo-lhe apenas julgar em matéria estrita aos crimes de imprensa, sendo que só caberia recurso de sua decisão à clemência Real. A nomeação destes juízes ficava sob o encargo do Corregedor e dos Ouvidores do Crime.

Promulgada a Constituição do Império em 25 de março de 1824, o Tribunal do Júri fora alocado na parte concernente ao Poder Judiciário, afigurando-se, pela primeira vez, como órgão parte deste e, tendo competência para julgar as ações cíveis e criminais (art. 151 da Constituição Federal de 1824).

Em 29 de novembro de 1832, fora disciplinado pelo Código de Processo Criminal, o que lhe conferiu ampla competência. Já no ano de 1842, com o advento da Lei n.º 261, fora revista a sua área de atuação.

Findo o período imperial a instituição do júri fora agraciada em outra Carta Magna, desta vez a Constituição republicana promulgada em 24 de fevereiro de 1891 consagra o júri como garantia individual (art. 72 , § 31). Ressalte-se que a instituição do júri sofreu nesta carta constitucional uma alteração de suma importância, pois fora alocado do capítulo destinado ao Judiciário, para a secção II, Título IV, o qual era destinada à declaração dos direitos dos cidadãos brasileiros, estabelecendo desta feita que a instituição deveria ser tratada como garantia individual, princípio semelhante ao que vigora na nossa Constituição atual, onde a instituição do Tribunal do Júri é considerada e tratada como garantia individual.

A Constituição Federal outorgada em julho de 1934, pelo Estado Novo, tendo como presidente na época Getúlio Vargas, novamente alterou a sua disposição, deslocando-a

para a seção destinada ao Poder Judiciário, destituindo-a, portanto, do status de garantia individual. A Constituição de 1937 não fez referência ao júri. Todavia o Decreto-lei 167, de 05-01-1938, tinha previsto que a instituição haveria de julgar os crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo com resultado em morte ou lesão corporal seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada. Ressalte-se que o artigo 96 desse decreto-lei colocou em xeque a soberania do júri, ao estabelecer a possibilidade de revisão total de sua decisão por parte do Tribunal de Apelação¹

Somente por imposição da carta constitucional de 18 de setembro de 1946 é que a instituição do júri fora destinada ao capítulo responsável pelos direitos e as garantias individuais, mais precisamente em seu artigo 141, parágrafo 28. Mencionado artigo constitucional estabeleceu de forma imperativa a competência privativa para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida.

As Constituições de 1967 (art. 150 , § 18 – São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida) e 1969 (art. 153 , § 18 – É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida) mantiveram, em sua essência, a instituição do Tribunal do Júri, não trazendo nenhuma alteração significativa à instituição.

A atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, denominada de constituição-cidadã, alocou em definitivo a instituição do Tribunal do Júri nas denominadas cláusulas pétreas. Consagrando o Tribunal do Júri como uma instituição de garantia individual. Elencando-a em seu art. 5º, inciso XXXVIII, e, em sua redação,

¹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional* . - São Paulo: Saraiva, 2007.

assegurou: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

4 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Inicialmente, cumpre esclarecer que *princípio*, aqui deve ser entendido como o momento em que algo tem origem ou mais precisamente no dizer do mestre Guilherme de Souza Nucci “*é a causa primária ou o elemento predominante na constituição de um todo orgânico*”.

É de fundamental importância o seu estudo uma vez que um ordenamento coerente parte dos princípios constitucionais para interpretar e aplicar as normas infra constitucionais.

A Constituição Federal reconhece expressamente a instituição do júri popular e os princípios a este inerentes, nos seguintes termos:

Art. 5^o *omissis*

XXXVIII : é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Não há que se falar em **devido processo legal**, se aos acusados em geral, não forem assegurados o **contraditório** (garantia *endo* processual exercida frente a outra parte, onde a ambas é assegurado o direito à informação e a possibilidade de reação, bem como a

paridade de armas) e a **ampla defesa** (garantia exo processual exercida em face do Estado, onde este tem que a garantir), máxime no processo penal, onde o bem jurídico a ser tutelado é a liberdade individual.

Observe-se que ao tratar do Tribunal do Júri o legislador constituinte foi mais minudente e assegurou ao acusado a **plenitude de defesa**, sublinhe-se que aos acusados em geral é assegurado a ampla defesa enquanto que a plenitude de defesa é essencial ao cenário do júri, ao levar-se em conta que não existem palavras inúteis ou repetidas na Constituição Federal, conclui-se que o constituinte quis assegurar ao réus do Tribunal do Júri uma defesa mais completa, absoluta, plena de fato, não apenas ampla.

Acerca deste entendimento, assim tem se posicionado a jurisprudência :

TJMG : “A Constituição da República assegura a todos os acusados a ampla defesa e os recursos a ela inerentes e, no caso do júri, vai além, assegurando a plenitude de defesa : art. 5º,XXXVII – é reconhecida a instituição do júri , com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa. (...) Primeiramente, é de extrema importância, nesta questão, estabelecermos a diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa, ambas previstas constitucionalmente, pois, apesar de parecer mera repetição ou reforço hermenêutico por parte do constituinte, estes termos não

são sinônimos (...) Fica clara a intenção do constituinte ao conceder ao réu, no júri, além da ampla defesa outorgada a todo e qualquer réu, em qualquer processo, cível, administrativo ou criminal, a plenitude de defesa, privilegiando-o em relação à acusação, pois ele é a parte mais fraca da relação (Ap. 1.0155.03.004411-1, 3ª C., rel. Jane Silva, 02.05.2006, v.u.).

É a plenitude de defesa que permite a anulação de julgamento e a realização de outro no caso de defesa insuficiente, falha ou contraditória (CPP, art. 497,V)

Outro princípio constitucional que rege o Tribunal do Júri é o **sigilo das votações**. O sigilo é o elemento assegurador da imparcialidade, da liberdade de convicção e de opinião dos jurados; representa, assim, uma segurança aos jurados, que não poderão ser coagidos pela lei a manifestar publicamente sua opinião e convicção a respeito da condenação do réu, em qualquer fase do julgamento. Ademais, destaque-se que a reforma introduzida pela Lei 11.689/2008, buscando consagrar, cada vez mais, o sigilo das votações, impôs a apuração dos votos por maioria, sem a divulgação do quórum total. Assim, deverá o magistrado encerrar a votação do quesito logo que computar quatro votos em um sentido ou em outro. Dessa forma, como quatro jurados já votaram no mesmo sentido, se o juiz presidente continuasse a votação, haveria o risco de a votação resultar em sete votos pela absolvição ou pela condenação, o que acabaria por revelar os votos de todos os jurados .

No que concerne a **soberania dos veredictos** , depreende-se que decisão do tribunal do júri é soberana,

quer dizer é a última palavra, não podendo ser contestada ou substituída por outra proferida pelos tribunais togados, não obstante nos depararmos com o desprezo à referida supremacia da vontade popular em grande segmento da prática forense, anote-se porém que soberania não se confunde com onipotência, o que justificaria a realização de novo júri em caso de evidente decisão contra a prova dos autos².

Ainda sobre a soberania dos veredictos, tem o Supremo Tribunal Federal entendido que esse princípio não impede a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão de contrariedade à prova dos autos, ainda que o anterior tenha resultado na absolvição do réu.

Por fim, como previsto na norma constitucional, o júri destina-se a proferir decisões nos crimes dolosos contra a vida.

Existem posicionamentos que sustentam ser essa competência fixa, não podendo ser ampliada³, outros porém defendem que se trata de uma competência mínima, uma vez que o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos dolosos contra a vida e não *somente* para eles, logo não existe nenhum empecilho para que o legislador ordinário remeta a apreciação do júri matérias de natureza diversa, acerca do tema assim se posiciona o mestre Guilherme de Sousa Nucci⁴ :

“A cláusula pétrea, no direito brasileiro, impossível de ser mudada

2 - Adriano Marrey, Albeto Silva Franco e Rui Stoco, *Toria e prática do júri*. 4.ed., São paulo, 1991, p.41.

3 - Imperiosa, pois, a conformação legislativa, na espécie, e inequívoca a reserva legal qualificada constante da referida norma constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. - São Paulo: Saraiva, 2007 p. 555

4 - Guilherme de Souza Nucci .- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2008.

pelo Poder Constituinte Reformador (ou derivado), não sofre nenhum abalo caso a competência do Júri seja ampliada, pois sua missão é impedir justamente seu esvaziamento.”

5 - TRIBUNAL DO JÚRI - UM DIREITO FUNDAMENTAL

A instituição do júri assenta-se no princípio democrático do cidadão, pois confere a este o direito de ser julgado por seus semelhantes, escolhidos aleatoriamente entre cidadãos da localidade. No Brasil, o tribunal do júri é presidido por um juiz togado e composto por 25 jurados que são sorteados dentre os alistados, 7 dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento (art. 447, CPP).

É importante assinalar que o tribunal do júri é assegurado na Magna Carta como direito fundamental, elevando o instituto ao status de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF). Os direitos fundamentais são aqueles direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de determinado Estado. São, por isso, delimitados espacial e temporalmente, isto é, variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição consagra.

Para o professor Vicente Paulo (2005, p.99): “A história dos direitos fundamentais teve início, propriamente, com as declarações de direitos formuladas pelos Estados Americanos no século XVIII, ao firmarem sua independência em relação à Inglaterra”.

Posteriormente, a positivação dos direitos fundamentais ganhou concreção a partir da Revolução Francesa de 1789, onde fora consignada de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais. A Revolução Francesa

desempenhou o relevante papel de universalizar os direitos fundamentais, muito embora, sendo ela produto do século XVIII, possuísse natureza predominantemente individualista.

Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais surgiram como proteção ao indivíduo frente ao Estado. As normas consagradoras dos direitos fundamentais eram normas de cunho negativo, que exigem uma atuação negativa, um não agir por parte do Estado, em favor da liberdade do indivíduo.

Esta, portanto é a feição dos primeiros direitos fundamentais reconhecidos ao homem: normas de natureza negativa, de exigência de um não agir por parte do Estado, em favor da liberdade do indivíduo. Vê-se, assim, que o tribunal do júri desempenha um papel importante na sociedade da qual faz parte, por ser um direito fundamental a todos garantido, incluindo-se dentre os direitos fundamentais de primeira geração.

Para o doutrinador Alexandre de Moraes (2005, p.59): “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta”.

A primeira geração de direitos fundamentais nasceu nos finais do século XVIII e dominou todo século XIX. Essa geração é composta dos direitos de liberdade, que correspondem aos civis e políticos, primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, e representa uma resposta do Estado absolutista.

Conforme Rodrigo César Rebello Pinho (2005, p.68): “a primeira geração corresponde aos direitos individuais, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites

impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana”.

Os direitos de primeira geração são basicamente de defesa das liberdades do indivíduo, os quais exigem a auto limitação e a não ingerência dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo, que se tutelam pela mera atitude passiva e de vigilância, em termos de polícia administrativa por parte do ente público.

Nesse sentido, parece-nos adequado afirmar que o tribunal popular constitui um instrumento democrático a serviço da cidadania, na medida em que seu objetivo maior consiste no direito que tem o acusado, nos crimes dolosos contra a vida, em instrução processual penal, de ser julgado por seus semelhantes.

E como se trata de direito humano fundamental, tendo recentemente, sob a égide da lei n.º 11.689/08, havido uma alteração no Código de Processo Penal, vislumbra-se a necessidade de estudar os principais efeitos trazidos por tal alteração legislativa e o impacto que aludidas mudanças trouxeram para a sociedade e para o indivíduo como titular de direitos e garantias fundamentais.

6 - A REFORMA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL COM O ADVENTO DA LEI Nº 11.689/08

Em consonância com os princípios constitucionais da efetividade da prestação jurisdicional e da duração razoável do processo, inseridos na Constituição Federal de 1988 pela Emenda n.º 45, a Lei n.º 11.689/08, que entrou em vigor em 09 de agosto de 2008, trouxe profundas alterações no procedimento dos crimes de competência do Tribunal de Júri, previsto no Código de Processo Penal (arts. 406 ss).

O projeto começou a ser discutido no ano de 2001 por meio de uma iniciativa do Poder Executivo, que nomeou uma

comissão de jurista, presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover, para criação de propostas tendentes a reformular o Código de Processo Penal, buscando maior eficácia em suas medidas e celeridade nos processos.

O jurista Andrey Borges de Mendonça (2008, p.23) afirma que: “a Lei n.º 11.689/08 alterou significativamente o procedimento do Tribunal do Júri, com a finalidade especial de modernizá-lo e conferir maior celeridade aos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.”

Inúmeras novidades foram introduzidas no Código de Processo Penal. O propósito foi o de desburocratizar e enxugar o procedimento do Tribunal do Júri e, conseqüentemente, acelerar a prestação jurisdicional em relação aos julgamentos dos crimes dolosos, consumados ou tentados, contra a vida.

A nova lei possui caráter eminentemente processual, ensejando, desta forma, aplicação imediata, inclusive aos processos em andamento. Foi mantida a tradicional divisão do rito em duas fases distintas, *iudicium accusationis* – qual seja, a jurisdição instrutória, como fase propedêutica do juízo propriamente dito-ou ainda melhor, o juízo da formação da culpa, quando se examina a admissibilidade da acusação formulada, como base para que o acusado ingresse na segunda fase, do *iudicium causae*, correndo a primeira perante um juiz comum e a segunda, perante o juiz presidente do júri. No entanto, essa instrução preliminar assume novos contornos e garantias, posto que a denúncia somente será recebida e pronunciado o acusado após ampla oportunidade de defesa, com oitiva de testemunhas, produção de outras provas e interrogatório, já não se admite o recebimento da denúncia mediante carimbo. Recebimento de denúncia e pronúncia constituem o mesmo ato processual, após procedimento célere e que não pode ultrapassar o prazo de noventa dias.

Dentre as várias mudanças trazidas pela Lei n.º 11.689/08 destacam-se algumas, como a adoção do sistema *cross examinations* de inquirição de testemunhas, segundo o qual tanto a defesa como a acusação formularão reperguntas diretamente às testemunhas, sem a necessidade da intermediação do juiz, afastando desta forma o sistema presidencialista adotado pelo Código de Processo Penal até então.

Importantes alterações foram também introduzidas, relacionadas ao instituto do **desaforamento** (possibilidade de deslocar o julgamento para comarca próxima). As hipóteses foram ampliadas e o instituto passou a assumir a função de guardião da celeridade e de que nenhum julgamento ocorra em prazo superior a seis meses a contar do trânsito em julgado da decisão de pronúncia (antes o interregno era de um ano). Ademais do julgamento, quando houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou a segurança pessoal do acusado foram previstas hipóteses que asseguram o julgamento nesse prazo, seja quando houver comprovado excesso de serviço, hipótese em que o Tribunal determinará o desaforamento; seja quando não houver excesso de prazo, mas o julgamento não tenha se realizado, hipótese em que o Tribunal determinará o imediato julgamento sob pena de verificação de falta disciplinar do magistrado por desídia.

Porém, talvez a maior novidade seja aquela que tem lugar no artigo 411, durante a fase de formação da culpa, que antecede o juízo de admissibilidade da acusação, prevê-se a instrução por meio de **audiência única**. Sendo assim, em uma mesma oportunidade o Juiz togado procederá a oitiva do ofendido (quando possível), das testemunhas de acusação e de defesa (nesta ordem), colherá esclarecimentos dos peritos (se for o caso), efetuará acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, colherá

o interrogatório do réu e determinará a realização de debates orais das partes, e ainda, conforme o caso, proferirá a sentença. Anote-se que essa mudança unificadora deveu-se ao incetivo à celeridade processual.

Não podemos deixar de citar a simplificação que se dará quanto à elaboração dos quesitos, uma das principais causas de nulidade do júri. A **quesitação** tornou-se bastante simplificada, com apenas cinco perguntas a serem elaboradas, destacando-se dentre elas três que, em todas as hipóteses, deverão ser elaboradas: a) materialidade do fato, b) a autoria ou participação, c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado. Apenas quando os jurados votarem esse último quesito pela condenação é que os outros dois serão elaborados.

Ressalte-se que nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do Júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo ou profissão, classe econômica, origem ou grau de instrução.

O acusado solto, ou mesmo o preso que, junto com seu defensor, requerer a dispensa, poderá deixar de comparecer ao julgamento, assegurando-lhe a lei o direito de não se constranger ou se sentir humilhado.

Assegurou-se que o ofendido, quando possível, e as testemunhas sejam inquiridas diretamente pelo Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, também os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas por intermédio do juiz presidente, democratizando ainda mais o procedimento.

Uma justa atenção foi dispensada, pela nova lei, à vítima que passa a ser comunicada dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos.

A nova lei ainda suprimiu a oferta do **libelo- crime**

acusatório⁵ e da contrariedade ao libelo, em seu lugar previu um relatório do juiz que será distribuído junto com a decisão de pronúncia ao jurado, após o compromisso do conselho de sentença (art. 423,II e 472, parágrafo único).

Acerca do tema, Guilherme de Souza Nucci chama a atenção para o fato de a eliminação do libelo, ao mesmo tempo em que se procurou limitar, ao máximo, a fundamentação da decisão de pronúncia, poder representar um sério gravame ao princípio constitucional da plenitude de defesa, por isso, conclui o ilustre mestre ressaltando a necessidade de o juiz manter -se fiel à fundamentação detalhada na pronúncia, sob pena de outra atitude levar a nulidades por confrontar diretamente com princípios processuais relevantes, como a plenitude de defesa e a motivação das decisões judiciais⁶.

E finalmente, dentre as alterações que nos parecem de maior relevo, **o fim do protesto por novo júri**, tratava-se de um recurso especial contra as decisões do Tribunal do júri que condenassem o réu a uma pena igual ou superior a 20 anos, permitindo-se uma nova oportunidade, uma vez que se anulava o julgamento anterior, era de uso privativo da defesa.

Este instituto estava presente em nosso ordenamento desde o Código de Processo Penal do Império de 1832, de inspiração inglesa, sendo cabível, àquela época, nas condenações a) a degredo ou desterro por cinco anos ou mais; b) galés ou prisão por três anos ou mais; e c) à morte; logo depois, em 1841, foi restringido às condenações, à morte ou a galés perpétuas. Embora abolidas as penas

5 - No dizer de Guilherme de Sousa Nucci : "o libelo era a peça acusatória, com conteúdo fixado pela decisão de pronúncia, expondo, na forma de artigos, a matéria que seria submetida a julgamento pelo Tribunal do Juri, limitando a atuação do órgão acusatório e permitindo plena ciência pela defesa do que seria alegado em plenário".

6 Guilherme de Souza Nucci . - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

perpétuas e de morte, o protesto por novo Júri, em nossa República, foi mantido na Justiça Federal (Consolidação das Leis Penais), bem como nos Códigos de Processo Penal do Distrito Federal e de Alagoas, para as penas de 30 anos. Em Pernambuco, para as iguais ou superiores a 24 anos; em Sergipe, para as condenações iguais ou superiores a 20 anos, desde que havidas por maioria de votos; já em Minas Gerais e Rio de Janeiro admitia-se o protesto mesmo nas condenações unânimes. No Maranhão, cabia o protesto para todas as condenações iguais ou superiores a 20 anos e, às superiores a 10 anos, somente se a condenação fosse por maioria. Em Santa Catarina, cabia o protesto para as condenações por maioria de votos a 12 anos e, na Bahia, superiores a 10 anos; no Paraná, se a condenação fosse igual ou superior a 10 anos e, para as superiores a 6 anos, quando o veredicto não reunisse dois terços dos jurados, consoante ensina Espínola Filho⁷.

Em linhas gerais, estas são algumas das alterações introduzidas no procedimento do Tribunal de Júri no Brasil, com a edição da Lei n.º 11.689/08, tentamos, sem a pretensão de esgotar o assunto, tecer comentários sobre as inovações que julgamos de maior relevo, e finalizamos ressaltando que muitas são as críticas, e de fato, algumas alterações são positivas, outras nem tanto, mas o que é de maior importância é que algo foi feito, após quase setenta anos em vigor, a legislação processual penal foi extensamente alterada e muitas dessas alterações concentrou-se no Tribunal do Júri mais erros ou acertos? O futuro dirá.

⁷ Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, vol. VI, p.250

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 2007
- _____. Decreto-Lei N. 3.689, de 03-10-1941. **Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1941.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2007.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Método, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Tribunal do Júri Popular na Ordem Jurídica Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 6. ed. Niterói; Impetus, 2005.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009.

AS GARANTIAS PREVISTAS NO INCISO XII DO ART.5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS EXCEÇÕES

Valéria de Freitas Rebouças França

*Aluna do Curso de Pós Graduação em Direito Constitucional da
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará e Analista
Judiciária Adjunta do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A abrangência do inciso XII do artigo 5º da CF/88. 3. O princípio da Reserva de Jurisdição; 4. Exceções e hipóteses de quebra das garantias previstas no inciso XII do art.5º da Constituição Federal de 1988; 4.1. Quebra do sigilo da correspondência. 4.2. Sigilo da comunicação de dados (sigilo bancário) 4.2.1. Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal; 4.3. Interceptação das comunicações telefônicas 4.3.1. A gravação clandestina. 4.3.2. Licitude da gravação feita por um dos interlocutores; 4.3.3. Diferença entre a gravação telefônica lícita, ilícita e sub-reptícia; 4.4. Inviolabilidade das comunicações telemáticas e a interceptação do uso do e-mail como prova. 5. Casos de quebra do sigilo pelo Ministério Público e Comissões Parlamentares de Inquérito; 6. Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

A Carta Magna, no capítulo destinado aos direitos e garantias constitucionais, conferiu ao indivíduo o direito à sua privacidade, impedindo assim que o Estado viole conquistas históricas, assegurando a sua intimidade e imagem, dentre outros direitos. Serão abordadas neste trabalho, questões direcionadas aos direitos previstos no Inciso XII do Artigo 5º da Constituição Federal, que traz uma abrangência de liberdades constitucionais em um conjunto

de direitos, que, porém, não são absolutos, pois comportam exceções à sua violação, observados os requisitos constitucionais, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de atividades ilícitas, envolvendo outros entes que, assim como o juiz, atuam na luta contra violação da norma imposta.

O sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados serão também objetos de reflexão, juntamente com as hipóteses excepcionais de violação e os fundamentos de suas garantias. Na mesma linha, serão analisadas as comunicações telefônicas e hipóteses de escuta sem autorização dos interlocutores, adentrando à autoridade do Poder Público para violar o sigilo bancário e profissional, a exemplo das gravações clandestinas, abordando, com relação a esta última, o aproveitamento das informações oriundas desta quebra em relação a terceiros não investigados e, por fim, a interceptação de *e-mail* e sua utilização como prova processual.

O trabalho abordará, ainda, o princípio constitucional da reserva de jurisdição como prerrogativa do juiz e supedâneo a legitimar a efetivação de atos que afrontem às liberdades públicas, adentrando, ainda, no poder de investigação e requisição de órgãos também envolvidos no combate à criminalidade, como o Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquérito. Avaliará o poder de tais instituições de adentrar na privacidade individual em benefício do social, sem necessidade de socorrer-se à tutela jurisdicional, para isso contribuindo o trabalho com recentes julgados e doutrina pertinente.

2 - A ABRANGÊNCIA DO INCISO XII DO ARTIGO 5º DA CF/88

Os Direitos Fundamentais contidos no artigo 5º da Constituição Federal traduzem, entre outros, um valor de

liberdade inspirados e impulsionados pelo pensamento liberal burguês do Século XVIII, firmando-se no direito de defesa. Consolida-se pelo *status negativus*, ou seja, pela negação e abstenção do Estado.

Neste sentido, Canotilho (2003, p.407) afirma que os direitos fundamentais tem como primeira função a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e de outros esquemas políticos coativos.

A partir da Declaração da ONU, de 1948, realizam-se como direitos positivos internacionais, alcançando uma validade universal para a retomada da clássica reivindicação e assim se desvincularem da ordem jurisdicional de cada Estado, muito embora seja relevante a positivação e consagração nas Constituições, a fim de que cada Estado possa criar mecanismos de proteção, não apenas como princípios orientadores, mas efetivos instrumentos a aliarem-se a outros direitos, como os sociais e os chamados de solidariedade.

De certo que tais garantias sofreram forte evolução apta ao enfrentamento de desafios e ameaças surgidas nos séculos XIX e XX, perdendo seu caráter absoluto a fim de se adequar as realidades em relação a interesses também protegidos.

Tal evolução ainda continua em fase de mudanças ante a entrada do terceiro milênio, na qual impactos como os da globalização e a afirmação do pensamento neoliberal ameaçam as garantias historicamente conquistadas ante a necessidade de contrapor-se a defesa de interferências na esfera privada.

À nenhuma liberdade, no entanto, pode ser atribuído caráter absoluto, mormente quando se afeta direitos sociais e coletivos, havendo confronto entre tais garantias. Nesse caso, importa afirmar que há necessidade da mitigação da garantia confrontada.

Sarlet((2006,p.196) afirma que esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas sim a formalização e limitação de sua intervenção.

Ressalta o autor, que a intervenção dos poderes públicos no âmbito da liberdade individual não é vedada, mas sim vinculada a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental e que a agressão somente se daria se a ingerência fosse em desconformidade com a Constituição.

Significativo o questionamento de Canotilho (2003 p..451) que ressalta a limitação dos direitos fundamentais:

Numa primeira aproximação, devemos assentar nos seguintes pontos: (1)os direitos sem restrições ex constitutione (isto é, estabelecidos pela própria Constituição) e sem reserva de lei restritiva, não podem considerar-se como direitos irrestritos ou irrestringíveis; (2)estão sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional(ex: o direito de manifestação está sujeito aos limites da “não violência” e aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como por exemplo, a liberdade de deslocação; (...)(3)estes limites podem (e nalguns casos devem)ser conformados pelo legislador, obedecendo aos princípios e procedimento metódico das leis restritivas.

Assim é que os direitos previstos no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal (sigilo da correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas) possuem proteção, inicialmente contra o particular, pois a ninguém é dado interferir na individualidade do outro, mas não se compreenderia uma proteção absoluta, até porque a própria Constituição excetua a hipótese de violação ao sigilo das comunicações , por ordem judicial, e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Dessa maneira, o manto constitucional protegeu a individualidade, desde que esta não sirva de amparo ao cometimento de crimes ou havendo conflitos entre bens jurídicos tutelados, o que levará ao intérprete dar prevalência ao bem de maior relevância.

3 - O PRINCÍPIO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO

Compete ao juiz – face ao Princípio Constitucional da Reserva da Jurisdição - a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não por terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias. Isso significa, considerada a cláusula da primazia judiciária, que esta exige, para a efetiva realização de determinados atos, notadamente daqueles que implicam restrição a direitos, que sejam eles ordenados apenas por magistrados.

O STF, citando J.J.Canotilho, manifestou-se sobre referido principio nos termos seguintes:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição – consoante assinala a

doutrina (J.J.Canotilho, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição; p.580 e 586, 1998. Almedina, Coimbra) – importa em submeter a esfera única dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. Isso significa – considerada a cláusula da primazia judiciária que encontra fundamento no próprio texto da Constituição – que esta exige, para a legítima efetivação de determinados atos, notadamente, daqueles que implicam restrição a direitos, que sejam eles ordenados apenas por magistrados(STF.MS. 23.452/RJ, Min.Celso de Mello, j.01.06.99,,DJ. 09.06.99.p.11)

Neste mesmo sentido MSMC 23,614/DF. Min. Carlos Velloso jj.12.01.00, DJ.01;02;00,P.118, MS 23454-DF Min,Marco Aurélio, j.29.05.99, DJ.07.06.99.p.04 MS 23.466-DF Ministro Sepúlveda Pertence, j.17.06.99, DJ 22.06.99.0.31.

Sendo o princípio a garantia de que ao juiz será conferido a primeira e a última palavra sobre o assunto, a matéria será objeto de melhores reflexões por ocasião da

abordagem da função do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito quando envolver interesses afetos ao bem comum.

4 - EXCEÇÕES E HIPÓTESES DE QUEBRA DAS GARANTIAS PREVISTAS NO INCISO XII DO ART.5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já dito, nenhuma liberdade individual é absoluta, necessitando, muitas vezes, ou a intervenção jurisdicional, sempre que estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de atividades ilícitas, ou a interferência de outros órgãos, a quem é conferido o poder de requisitar diretamente a violação de tais garantias, como adiante será demonstrado.

Necessária, é, portanto, uma análise de cada uma das espécies de garantias previstas no inciso XII do artigo 5ª da Constituição Federal.

4.1. Quebra do sigilo da correspondência.

Como regra, o sigilo da correspondência é inviolável, salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, que poderá ser restringido (art.136, § 1º, inciso I, “b” e art.139, III). A Constituição Federal de 1988, a exemplo histórico, amparou a intimidade do homem como bem jurídico tutelado pelo ordenamento, autorizando que pessoas possam comunicar e se expressar sem que seja revelado o conteúdo das mensagens a terceiros. O segredo das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta de 1988, que também vem sendo assegurada desde 1824, com a Constituição Política do Império do Brasil e bem como nas Cartas: de 1891, 1934, 1937, 1946, e a de 1967, com a Emenda nº1,

de 1969. A Carta de 1937 foi a única que previu, expressamente, exceções à inviolabilidade, na forma da lei.

Além da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII também a legislação infraconstitucional, através da Lei 6538, de 22 de junho de 1988, anteriormente já tutelava o direito ao sigilo ao dispor em seu artigo 5º e parágrafo único:

Art. 5º - O sigilo da correspondência é inviolável.

Parágrafo único - A ninguém é permitido intervir no serviço postal ou no serviço de telegrama, salvo nos casos e na forma previstos em lei.

Dispõe ainda a referida lei às hipóteses de abertura da carta, sem que se constitua em violação ao sigilo da correspondência, conforme se vê:

Art. 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

I - endereçada a homônimo, no mesmo endereço;

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;

III - que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;

IV - que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e

restituição.

Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

O assunto merece algumas considerações; a redação do texto constitucional, a princípio, leva ao entendimento de que a quebra judicial do sigilo refere-se apenas à interceptação telefônica, salvaguardando o da correspondência.

Ocorre que, não obstante a redação da carta magna, o entendimento pacificado na interpretação do texto constitucional é que nenhuma liberdade individual é absoluta; sendo perfeitamente possível a interceptação de correspondência e comunicações telegráficas, desde que tais correspondências tragam vulnerabilidade das liberdades públicas, como por exemplo, no cometimento de crimes.

Aspecto que merece destaque é o das cartas enviadas por presidiários. O STF, sensível às questões sociais de interesse público, considerou conduta totalmente lícita a interceptação de cartas de presos pacificando que:

“inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (1ªT, HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção 1, 24 - jun.1994, p.16.650-RT- 709/418).

Na esfera cível, a nova Lei de falência repetiu o procedimento da lei revogada (art.63, inciso II) de abertura de cartas do devedor pelo administrador do falido, conforme

prevê o artigo 22, inc. III, letra “d” da Lei 11.101/2005, permitindo, assim, a quebra do sigilo das informações que interessem a massa. Ocorre que, tanto na lei antiga como na atual, há flagrante afronta ao inciso XII do Artigo 5º, da CF/88, conferindo a um particular o acesso à intimidade do devedor. Observe-se que o texto não limita apenas à hipótese de carta comercial; é abrangente o sentido legal a correspondência enviada ao devedor, devolvendo a este (já aberta e lida) apenas as que não interessam a massa.

O Código de Processo Penal, (artigo 240, § 1º, f), autoriza a busca domiciliar para apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado, ou em seu poder, quando houver suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação dos fatos. Assim, mesmo que a previsão constitucional estabeleça expressamente a inviolabilidade das correspondências e implicitamente proíba o conhecimento ilícito por parte de terceiros, a lei ou a decisão judicial poderão, excepcionalmente, estabelecer as hipóteses de sua quebra.

Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

Carta de presidiário interceptada pela administração penitenciária – Possibilidade excepcional e desde que respeitada a norma do artigo 41, parágrafo único da Lei 7210/84 – inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF – 1; T-HC nº 70.814-5/SP- Rel. Min. Celso de Mello, DJ. seção I, 24.jun.1994, p.16650 – RT 709/418).

Para José Afonso da Silva (2000, p.210), o sigilo da correspondência alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é forma de liberdade de expressão do pensamento, sendo nele que se encontra a

proteção dos segredos pessoais que dizem respeito apenas aos correspondentes, Para o autor, não raro as pessoas expandem suas confidências íntimas na confiança que se deram na esfera privada.

4.2. Sigilo da comunicação de dados (sigilo bancário).

Os dados individuais constantes de registros armazenados devem ter a proteção do poder público para assegurar ao indivíduo a garantia de que não serão divulgados, nem expostos ao conhecimento público.

Tal garantia é recente, inovação dada pela Constituição de 1988. A reserva se faz necessária e é garantida constitucionalmente para possibilitar a segurança das relações jurídicas e não permitir a exposição ao ridículo. A condição de ser humano permite tal reserva como forma garantidora de seus direitos e obrigações. Assim não interessa a terceiros a quebra de tais informações constantes nos bancos de informação. O foco principal é a garantia de intimidade das pessoas e evitar a invasão de tais informações. As informações constantes nos dados somente podem e devem ser fornecidas ao seu titular face ao caráter personalíssimo que se revestem os dados. Mas é claro que tal garantia não é absoluta e, como tal, pode ser objeto de autorização judicial. Neste tocante, deve o magistrado antes de autorizar a quebra de tais informações, cercar-se de cuidados necessários que justifiquem a concessão da medida excepcional, nos casos específicos em que haja fundadas razões de cometimentos de crimes.

Interessante notar que não é pacífico o entendimento de que os dados não podem ser violados para municiar o Ministério Público de endereço, filiação etc, para oferecimento de denúncia criminal ao mesmo tempo em que não se pode exigir que o investigado seja compelido a fornecer tais informações a terceiros. A ausência de

unanimidade no assunto está no fato de que não se pode garantir tal sigilo a alguém que tem negócios escusos ou criminosos que possa trazer prejuízo para a própria sociedade.

Assim, não se justifica como razoável garantir-se o sigilo das informações constantes de banco de dados, como telefônico, bancário e fiscal para aqueles sonegam impostos, praticam crimes etc.

Dispôs o STF:

O sigilo de dados entrecruza-se com o segredo das comunicações telefônicas. Esse fato é muito benéfico, porque reforça a tutela da intimidade. Serve para evitar que a intromissão abusada nos registros armazenados na companhia telefônica. Não interessa a terceiros desocupados a data da chamada, o número discado, o horário da ligação, o valor das contas, etc. Esses dados registrados, atinentes às comunicações realizadas pelo telefone, são personalíssimos. Só podem ser quebrados por ordem judicial com base no princípio da legalidade STF, HC 70.814-5/ SP Rel. Ministro Celso de Mello, 1ª. Turma, DJ1, 24-6-1994, p.16650; RT, 709:418)..

E mais recentemente:

SIGILO DE DADOS - ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO

CENTRAL - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. (RE 461366, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-03 PP-00668 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 152-161)

4.2.1. Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal.

Bulos (2002, p.119) faz uma crítica a vida institucional pátria, ao que os juristas alemães (*Scmith, Horst Ehmke, Gerhar Leibholz*) denominaram de “quebramento constitucional” , ou seja: “O legislador ordinário, de um súbito, renega todo um comando de normas supremas, corroendo as vigas mestras que sustentam o arcabouço jurídico do Estado.

Tal crítica se dá quando afirma que a tutela dos interesses do homem é missão conferida ao Judiciário e que entregar a vida bancária dos outros aos desígnios da Receita Federal, permitindo o livre acesso às contas dos contribuintes e até à reabertura de processos já encerrados, é consagrar, segundo o autor, o retorno dos tribunais inquisitórios, que investigavam, acusavam, julgavam e condenavam ao mesmo tempo.

De igual forma, Pedro Lenza (2008, p. 604) também

entende que tal regra de quebra de sigilo fiscal pela própria Receita Federal, dispensando-se o requerimento ao Poder Judiciário, fere o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, sendo a lei complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3725, de 10 de janeiro de 2001, indiscutivelmente inconstitucional atribuindo um direito não estabelecido pelo constituinte originário, aguardando-se o entendimento a ser dado pelo STF nas ADIns 2859-6, 2406, 2389, 2386, 2397 e 2390).

Demonstra o autor o procedimento adotado:

A lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, passou, assim, a disciplinar as regras sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, permitindo às autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a conta de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, devendo os resultados dos exames, as informações e os documentos serem conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Mencionada regra foi regulamentada pelo Decreto

nº 3724, de 10.01.2001, cujo art.1º§1º estabelece que o procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominado Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvando o disposto nos §§3º e 4º do aludido artigo, O artigo 4º do §do decreto estabelece, ainda, que a requisição será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida. a) ao Presidente do Banco Central do Brasil; ou a seu preposto b) Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; c) presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada; d) gerente de agência.

Estando o sigilo bancário submetido à reserva de jurisdição, já estudada no presente trabalho, necessita da avaliação pelo STF quanto aos processos mencionados. Quando da conclusão do presente estudo (fevereiro de 2009) uns haviam sido julgados prejudicados em seu julgamento e outros conclusos ou com juntada de petições, senão vejamos: ADIns 2859-6,(substituição do relator, em 10/09/2007) - 2406,(prejudicado julgamento, em 29 de fevereiro de 2009.) 2389(prejudicado julgamento, em 29 de fevereiro de 2009) 2386 (conclusos ao relator, em 15/02/2008) 2397(juntada de petição, em 04/03;2008) e 2390 (juntada de petição de substabelecimento, em 26/02/2008).

4.3. *Interceptação das comunicações telefônicas*

Conforme define Uadi Lamêggo Bulos (2002, p.121) comunicação telefônica é a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais lingüísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone estático ou móvel (celular).

Leciona:

A regra é o sigilo das comunicações telefônicas, pois, a princípio, é atividade ilícita interceptar-se a conversa alheia.

Procura-se assim evitar:

1º) manipulações probatórias, pois não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta enormes possibilidades de mutilações, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados;

2º) supressões de diálogos, montagens de conversas, deturpações de frases através da mudança de padrões vocais;

3º) colisão com inúmeros direitos e garantias fundamentais, dentre eles a inviolabilidade da imagem física e social do homem, o respeito à sua intimidade, o sigilo profissional, etc...

As comunicações telefônicas podem ser alvo de interceptação para prova em investigação criminal ou instrução processual penal,, mas somente nos casos

referentes a crimes punidos com reclusão. Nela nenhum dos interlocutores tem ciência da intromissão. No entanto, o próprio comando constitucional admite a interceptação, na parte final do preceito, com exceção expressa, desde que estejam presentes os requisitos da ordem judicial; dos fins para investigação criminal ou instrução processual penal e nas hipóteses que a lei estabelecer.

A lei 9296, de 24.7.1996, regulamentou a parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, na qual a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se ainda à interpretação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, de ofício, ou a requerimento da autoridade policial ou do Representante do Ministério Público. Sendo que no primeiro caso, autoridade policial, somente se dará no curso da investigação criminal e quanto ao Ministério Público, tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal.

Alexandre de Moraes (2004, p. 245) cita a observação de Luiz Vicente Cernicchiaro de que a lei adotou o sistema de verificação posterior da legalidade condicionando a interceptação à autorização judicial e ressalta:

Melhor seria que a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema de verificação posterior da legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do Ministério Público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência encaminhariam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse

pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno Código de Processo Penal da Itália (art.267,2).Com efeito, a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro, O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento, mesmo fora do expediente judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização verbal (art.4º,§ 1º)possa cobrir todas as hipóteses.

Em obra diversa (2007, p. 57) o mesmo autor traz a contribuição de Nelson Jobim que questiona sobre a utilização de procedimento legal e legítimo de interceptação telefônica para demonstrar a presença de novos crimes conexos ao primeiro, concluindo;

“ se a escuta telefônica – repito, executada de forma legal – acabou por trazer novos elementos probatórios de outros crimes que não geraram pleito das gravações, especialmente quando são conexos, podem e devem ser levados em consideração.De outra forma, nunca seria possível a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.

Na esfera cível a licitude ou não da prova obtida por meio de interceptação telefônica, questão a ser abordada em tópico próprio (4.3.2 e 4.3.3.), pode, excepcionalmente vir a ser produzida por via indireta, através da chamada prova emprestada da ação penal desde que sejam as mesmas partes e observado o princípio do contraditório.

4.3.1. A gravação clandestina

A gravação clandestina não se confunde com interceptação telefônica. Sendo clandestina, além de ferir o disposto no inciso XII, ainda agride o inciso X do mesmo preceito. O STF segue a linha de raciocínio de não acolher a prova obtida por meio ilícito, excepcionando a gravação clandestina apenas com autorização judicial.

Portanto, a esse respeito não pode o judiciário fundamentar decisão condenatória através de prova obtida por meio ilícito, por falta de segurança nas relação jurídica. Sendo ilícita, a prova pode ser forjada, fraudulenta e pode levar à condenação um inocente.

4.3.2. Licitude da gravação feita por um dos interlocutores

O STF entendeu no julgamento do HC 75.338-Rj, de 11.3.1998, como lícita a gravação feita por um dos interlocutores da conversa sem o conhecimento do outro, entendendo que somente haveria violação à lei caso a interceptação da conversa fosse realizada por terceiro.

EMENTA: CONSTITUCIONAL.
PENAL. GRAVAÇÃO DE
CONVERSA FEITA POR UM DOS
INTERLOCUTORES: LICITUDE.

PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação $\frac{3}{4}$ "the fruits of the poisonous tree" $\frac{3}{4}$ não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 503617 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 04-03-2005 PP-00030 EMENT VOL-02182-08 PP-01509 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 466-470 RTJ VOL-00195-01 PP-00363)

Ainda sobre tal possibilidade, importante julgamento se deu pelo STF que, em sua composição plenária, ao

indeferir, por maioria, pedido de *habeas corpus* em que se pretendia o trancamento da ação penal contra magistrado denunciado por crime de exploração de prestígio, com base em conversa telefônica, gravada em secretária eletrônica pela própria pessoa, objeto da proposta (HC 75.338-RJ, Rel.Min. Nelson Jobim, decisão 11.3.1998, informativo do STF n.102).

A esse respeito, cumpre destacar que o entendimento do STF ao endossar a prova colhida por um dos interlocutores tem pertinência lógica tendo em vista que na hipótese não há outro meio de prova, como testemunhas, perícia, etc. e em assim sendo evidentemente que não há qualquer ilicitude na gravação por um dos interlocutores. Até porque normalmente referida gravação é utilizada como informação necessária e utilização de outras provas decorrentes da gravação. É, pois, a partir da gravação por um dos interlocutores que desencadeia outras fontes de investigação, agindo, assim, com sabedoria a corte suprema de justiça.

4.3.3. *Diferença entre a gravação telefônica lícita, ilícita e sub-reptícia.*

Importante distinção traz Uadi Lammêgo Bulos (2002,p;123) que enumera sete passos a saber se a gravação é ou não lícita.

- 1ª.) não constitui delito a gravação feita por uma das pessoas que estiver conversando ao telefone, com outro interlocutor, para obter prova de um crime,. Nesse caso, não se exige autorização judicial;
- 2ª) mas se um terceiro gravar ou interceptar uma conversa entre duas

peças, cometerá crime, ainda que seja de um parente, de um amigo, de um companheiro bem próximo ou de um familiar íntimo. Trata-se de ato ilícito, que pode sujeitar o seu autor a uma pena de reclusão de dois a quatro anos;

3º) durante a investigação de um crime, a autoridade policial poderá gravar conversas telefônicas entre duas pessoas, desde que esteja munida por ordem judicial;

4º) todavia, se a polícia, ao realizar o trabalho de investigação do delito gravar conversas telefônicas sem ordem judicial, cometerá ato ilícito;

5º) pessoas jurídicas, v.g. empresas, escritórios comerciais, etc... podem gravar os telefonemas de seus funcionários, desde que eles sejam devidamente comunicados desse procedimento;

6º) a gravação telefônica de conversas ou assuntos gerais por um dos interlocutores não é crime;

7º) porém, se um dos interlocutores, ao gravar a conversa, invadir a esfera pessoal do outro estará agredindo a intimidade alheia, considerada inviolável pela Constituição. Nesse caso, cumprirá ao magistrado, se devidamente provocado, decidir acerca do direito à indenização pelo dano material ou moral (art. 5º, X).

Denomina-se sub-reptícia a captação que se dá de forma clandestina e, geralmente, onde são captadas imagem ou a imagem e voz por aparelhos ocultos ou disfarçados, sendo, portanto, para a maioria dos autores, denominada de gravações ilícitas.

O ministro Celso de Mello na Ação Penal 307-3-DF, Ementário nº1.804-11, citado em Alexandre de Moraes (2007, p.62) salienta:

A gravação da conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo. Uma vez que este procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio, O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstancia de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação, atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art.5º) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos

privados, quando executada com total desconhecimento de um de seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

Excepcionalmente se admite a possibilidade de gravação clandestina com autorização judicial, mesmo que ausente lei específica sobre o assunto.

4.4. Inviolabilidade das comunicações telegráficas, telemáticas e a. Interceptação do uso do e-mail como prova.

As comunicações telegráficas também são invioláveis, exceto por ordem judicial, nas hipóteses e forma estabelecidas pela lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Tal meio de comunicação teve bastante importância em passado recente, quando da utilização dos telégrafos como um antepassado dos meios hoje utilizados como a internet, encontrando-se obsoleta sua utilização em razão da expansão das comunicações pela rede internacional de computadores.

Bulos (p.124) conceitua a telemática como a ciência que estuda a comunicação associada á informática. Apareceu, segundo informa o autor, pelos idos de 1968, intensificando-se a partir de 1974, com o surgimento dos sistemas telefônicos inteligentes unidos por microprocessadores.

A Lei 9296/96, de 24.7.1996, editada para regulamentada o inciso XII, parte final do artigo 5º da CF/88, em seu artigo 10, institui como crime a realização de

interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebra de sigilo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, com pena que varia de dois a quatro anos e multa.

Em qualquer de suas modalidades de manifestação as comunicações telemáticas devem permanecer sob sigilo e sua quebra somente será permitida por ordem judicial e na forma da lei 9296/96, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, tal sigilo pode ser quebrado pelo Poder Judiciário quando se verificar a incidência de crime, como constantemente é noticiado com relação a pornografia infantil.

O STJ, decidiu que o crime de divulgação de pornografia infantil, previsto no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é consumado no ato da publicação das imagens, sendo competente o juízo do local da publicação, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários.

CONFLITO NEGATIVO DE
COMPETÊNCIA. PROCESSUAL
PENAL. PUBLICAÇÃO DE
PORNOGRAFIA ENVOLVENDO
CRIANÇA OU ADOLESCENTE
ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE
COMPUTADORES. ART. 241 DO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA
TERRITORIAL. CONSUMAÇÃO DO
ILÍCITO. LOCAL DE ONDE
EMANARAM AS IMAGENS

PEDÓFILO-PORNOGRÁFICAS.
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº
29.886 - SP (2000/0057047-8) -
RELATORA : MINISTRA MARIA
THEREZA DE ASSIS MOURA –
julgado em 12.12.2007.

Neste contexto, o *e-mail* (abreviatura de *electronic mail*) vem sendo discutido sobre sua natureza jurídica, legalidade de sua interceptação e o regime jurídico a que está sujeito.

Bulos (2002, p.125) anota que a autoridade judicial está autorizada, pelo artigo 5º, inciso XII, a determinar a interceptar de *e-mail* e que o próprio provedor detém este dado, observando-se os requisitos da lei 9296/96.

O cometimento de crime de violação da privacidade via e-mail constitui uma moderna modalidade de crime praticado de forma silenciosa, mas de um alcance arrasador para as vítimas, a exemplo da pornografia infantil, violando a inocência de crianças e adolescentes.

O STF como guardião da Constituição Federal preservou a privacidade individual considerando crime a violação por esse tipo de veículo.

5 - CASOS DE QUEBRA DO SIGILO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.

A quebra do sigilo pelo Ministério Público é polêmica e até a jurisprudência do STF não é unânime a ta respeito.

Na opinião de Bulos(2002, p.125) o *Parquet* não logra competência para determinar a ruptura do segredo das comunicações telegráficas, das comunicações telefônicas e das comunicações telemáticas. Assevera;. *“Embora tenha alcançado posição sobranceira com o advento da Carta de 1988, isso não basta para que ele exerça atribuições do Poder Judiciário”*.

Incide, para tal mestre, o princípio da reserva de jurisdição, já tratado no presente estudo, mediante o qual é imprescindível ordem do juiz para o rompimento do sigilo.

Ao contrário, há o reconhecimento do próprio STF de que a exclusão da tutela jurisdicional daqueles casos que envolvem verba pública e, indiscutível que, com autorização judicial e amparada em suficiente motivação, a quebra de sigilo de dados é sempre admissível.

No primeiro aspecto, no qual se dá com a exclusão da tutela jurisdicional, quando, repita-se, tratar-se de verba pública, poderá o Ministério Público requisitar diretamente às instituições financeiras os dados que se encontrem em seu poder, sobre duplo fundamento, diante da lição de André Ramos Tavares (2006, p. 588):poder de requisição conferido ao Ministério Público e dever de publicidade dos atos públicos, conforme reconheceu o STF.

O mesmo autor demonstra que o artigo 129, VI , da Constituição Federal que compete ao Ministério Público o poder de requisitar, mediante notificação, as informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência, exigindo a Constituição apenas que esse poder seja regulado em lei complementar, que já existe, ou seja, a Lei Complementar n.º 75., de 20 de maio de 1993, que em seu artigo 8º declara:

Art.8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da

União poderá, nos procedimentos de sua competência (...) II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta e Indireta; (...) IV. – requisitar informações e documentos a entidades privadas; (...) VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX- requisitar auxílio de força policial., -§ 2º Nenhuma autoridade poder[*a*] opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado, ou do documento que lhe seja fornecido; § 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

O membro do *Parquet*, no entanto, fica condicionado à responsabilidade civil e criminal pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, sendo a ação penal, na hipótese, proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal, é o que dispõe o § 1º do dispositivo já citado.

A questão da possibilidade de quebra de sigilo bancário diretamente por parte do Ministério Público foi posta à apreciação do Supremo Tribunal Federal, através do

Banco do Brasil que ajuizou mandado de segurança argüindo ato de constrangimento ao ter que disponibilizar á Procuradoria Geral da República lista dos beneficiários de liberação de recursos do setor sucro-alcooleiro, em setor emergencial, e ainda informações sobre eventuais débitos dos beneficiários para com a instituição bancária.

A maioria dos Ministros do Pretório Excelso votaram pela possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente as informações às instituições financeiras quando se tratar de envolvimento de dinheiro ou verbas públicas, com base no poder de requisição e na publicidade dos atos governamentais(art.37, CF)- informativo nº 8, 2 a 6 out.1995.

Quanto às Comissões Parlamentares de Inquérito, nos termos do artigo 58 §3º, poderão decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal de seus investigados.

Dispõe referido dispositivo legal:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprio das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Alexandre de Moraes(2007, p. 72) afirma não haver dúvidas que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem a sua formação, lembrando, o autor, que poderão decretar o afastamento do sigilo bancário de seus investigados, como de fato ocorreu quando da privatização da Vasp, ocorrida no âmbito do Congresso Nacional, mas que, somente serão consideradas lícitas as provas se quando a comissão estiver de acordo com seus limites constitucionais, a fim de sua ação não ser questionada como se verá no acórdão a seguir:

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL - NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa - quando ausente a hipótese

configuradora de causa provável - revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado - não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos - o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos. A FUNDAMENTAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO HÁ DE SER CONTEMPORÂNEA À PRÓPRIA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA QUE A DECRETA. - A exigência de motivação - que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo - qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando

da prestação de informações em sede mandamental. Precedentes. (MS 23851, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001, DJ 21-06-2002 PP-00098 EMENT VOL-02074-02 PP-00308)

Através desse julgado, conclui-se que a CPI não poderá praticar os atos propriamente jurisdicionais, que são atribuídos com exclusividade aos membros do Poder judiciário em respeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, Destacando-se, assim as seguintes impossibilidades de prática pela CPI: como diligência de busca domiciliar; a quebra do sigilo das comunicações telefônicas e a ordem de prisão, salvo no caso de flagrante delito, como por exemplo, por crime de falso testemunho.

Assim, cabe às Comissões Parlamentares de Inquérito a possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados, conforme o tema estudado, equilibrando os interesses investigatórios, de grande interesse público, com as garantias constitucionais consagradas, preservando a segurança jurídica com a utilização de meio razoáveis e práticos a fim de não se desviar de sua finalidade constitucional.

6 - CONCLUSÃO

O Inciso XII do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 , esculpido dentre os direitos fundamentais, traduz a proteção à inviolabilidade do sigilo das correspondências das ligações telefônicas, de dados, excetuando o constituinte originário apenas o caso de quebra das ligações telefônicas, na forma estabelecida em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Ocorre que nenhuma garantia é absoluta, não podendo ser a proteção constitucional suporte para condutas ilícitas ou praticadas contra a lei para fins, servindo de refúgio à subversão e à desordem.

Assim, há casos e hipóteses taxativas para que o judiciário proceda a quebra dos sigilos assegurados constitucionalmente, e, face ao Princípio da Reserva de Jurisdição, somente podem tal ordem ser emanada do judiciário, excetuando a atuação institucional do Ministério Público que poderá requerer ao juiz na fase do inquérito ou do processo penal e ainda no seu poder de requisição quando importar em malversação de verba pública, quanto aos danos constantes das instituições financeiras, além das Comissões Parlamentares de Inquérito em relação a quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados, no uso de sua competência e dentro dos limites constitucionais impostos a que o trabalho deu relevante importância.

Importante argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos sustentando o entendimento segundo o qual na hipótese supra mencionada, ou seja, nos casos em que se tratar de verba pública, pode o Ministério Público requisitar diretamente as informações pertinentes ao desvio, mantendo o sigilo tendo em vista o agente ministerial quando assim proceder estará sob responsabilidade civil e penal na divulgação de tais informações, daí o entendimento daquela corte da possibilidade do Ministério Público ter acesso a tais informações de caráter sigiloso.

O fato é que não se pode sair quebrando o sigilo, seja qual hipótese, sem que haja fundadas razões para tal. Deve ser preservada a privacidade do indivíduo para que possa ter sua intimidade respeitada. São informações que não interessam ao público e se expostas causarão transtornos incorrigíveis ao agente que teve sua vida pessoal devassada.

É, portanto, no ambiente da sua privacidade que o indivíduo exerce sua intimidade.

O legislador constituinte em assim proceder, agiu com acerto ante a questão tão delicada posta à análise. A regra é o sigilo, a quebra é a exceção não se devendo tratar a exceção como regra como muitas vezes acontece no nosso cotidiano.

Portanto, o legislador constituinte teve o cuidado de garantir a todos indistintamente a garantia de sua privacidade e intimidade como corolário básico e elementar do respeito à condição humana, alcançando toda e qualquer espécie de violação ao indivíduo, excetuando as hipóteses expressamente previstas em lei como medida excepcional.

REFERÊNCIAS

- .BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed-São Paulo:Malheiros. 1996;
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed.Coimbra, Almedina, 2003.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Saraiva,2006.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed.- São Paulo: Método, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22.ed. – São Paulo: Atlas, 2007
- _____ **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4.ed.- São Paulo: Atlas, 2004
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed.Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.17.ed - São Paulo: Malheiros, 2000.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed.-São Paulo: Saraiva, 2006;

A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 475-L, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Marc-Philippe de Abreu Arcieniegas*

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, pós-graduando em Processo Civil pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da Alegação de Inconstitucionalidade do Art. 475, §1º do CPC. 2. Da Constitucionalidade 2.1. Da Constitucionalidade Formal. 2.2. Da Constitucionalidade Material: coisa julgada *versus* supremacia da CF. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo visa discutir a constitucionalidade do Art. 475-L, §1º do CPC, acrescentado pela Lei 11.232 de 2005, examinando entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito de sua aplicabilidade, as hipóteses de restrição, e a sua utilização no direito comparado. A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário em diversos Pretórios do país, chegando ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal com a indagação central quanto à constitucionalidade do artigo supramencionado. Com o propósito de refletir sobre os argumentos colacionados a respeito da dúvida explicitada, serão expostos os principais pontos trazidos à discussão por estudiosos do Direito, operadores e juristas da ciência jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; EMBARGOS À EXECUÇÃO; COISA JULGADA; SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

This article aims to discuss the constitutionality of Art 475-L, Paragraph 1 of the Code, added by Law 11.232 of the 2005, examining and understanding legal doctrine about its applicability, the chance of restriction, and use the right compared. The question was submitted to the Judiciary Pretorio in several of the country, coming to the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court with the central question as to constitutionality of the article above. With purpose of reflecting on the arguments colacionados doubt about the explanation, will be exposed to main points brought up for discussion by scholars the law, operators and Jurisconsult science Legal.

KEY WORDS

CONTROL OF CONSTITUCIONAL. EMGARGOED FOR IMPLEMENTATION; RES JUDICATA; SUPREMACY OF THE CONATITUTION.

INTRODUÇÃO

Fruto de uma onda de reformas legislativas iniciadas no ano de 1994, pela Lei n. 8.952, decorrente de uma insatisfação geral da sociedade brasileira gerada pela ineficácia da atividade jurisdicional prestada pelo Poder Público, a Lei n. 11.232 de 2005, veio alterar um extenso número de dispositivos do Código de Processo Civil pátrio, dando ênfase ao processo de execução de título executivo judicial.

O presente estudo tem por escopo analisar os debates ocorridos na doutrina e na jurisprudência das cortes extraordinárias em torno da constitucionalidade, da forma

de aplicabilidade do art. 475-L, §1º do CPC, acrescentado pela 11.232/05, e o conflito aparente e relativização de princípios dispostos explicitamente em nossa Magna Carta. O foco essencial é a constitucionalidade da inexigibilidade de obrigação fundada em norma objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Com este intuito, buscar-se-á expor os argumentos levantados nos votos dos Ministros das Cortes Superiores e por doutrinadores, desenvolvendo os principais pontos de suas análises, que fundamentaram as teses favorável e contrária à constitucionalidade do novel instituto. Neste sentido, a questão central da discussão formula-se na seguinte indagação: considera-se constitucional a interposição de embargos à execução que ataquem matéria acobertada pelo manto da coisa julgada?

A questão vem sendo amplamente discutida pela doutrina e pelos Tribunais Superiores principalmente quanto a sua amplitude, ou seja, as hipóteses de incidência e sua aplicação conforme os ditames do direito intertemporal. Desta forma, depara-se com diversas interpretações quanto à teleologia da nova hipótese de resposta do executado e quanto à intenção do legislador quando introduziu tal mecanismo no ordenamento jurídico pátrio.

O ponto crucial no presente estudo versa sobre a constitucionalidade material deste artigo e sua aplicabilidade decorrente do controle abstrato e a possibilidade de sua aplicação em decorrência da utilização de controle difuso cumulada com a vanguardista Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes sedimentada no estudo do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, e a aplicação do dispositivo constitucional previsto no Art. 52, X deste caderno, que dispõe acerca da atuação do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso no controle difuso.

Essa tentativa de ampliar a incidência do dispositivo em estudo encontrou resistência por parte dos magistrados, Tribunais e estudiosos do direito os quais só admitem sua extensão para as hipóteses decorrentes de controle concentrado e mediante algumas das técnicas de declaração de inconstitucionalidade. E, com opinião diametralmente oposta, encontramos aqueles que consideram este mecanismo uma ofensa à autoridade da coisa julgada (Art. 5º, XXXVI, CRFB), uma das expressões inequívocas do Estado Constitucional.

A questão continua em pauta, pois, enraizada nos argumentos jurídicos da força normativa da Constituição, ganha festejados juristas como adeptos. A indignação de parte da doutrina que não admite a relativização da coisa julgada, acalorando a discussão acerca do tema, acarreta esse embate permanente que acaba dando ensejo a estudos, como o presente, para se vincular a uma corrente que se sobreponha finalmente a entendimentos conflitantes, pacificando o cenário do processo executivo quanto à constitucionalidade do polêmico instituto.

No capítulo seguinte, sem a pretensão de esgotar o assunto e as ponderações suscitadas pelo tema desta envergadura, buscar-se-ão comentar os principais argumentos, favoráveis e contrários, colacionados na doutrina constitucional e processualista, nos quais a questão da inconstitucionalidade do Art. 475-L, §1º do CPC foi posta em debate, expondo-se as razões manifestadas pelos Ministros e as explanações doutrinárias que as fundamentaram.

1. DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 475-L, §1º DO CPC.

Iniciando-se os comentários específicos sobre a

suposta inconstitucionalidade do artigo em estudo, cumpre realizar a abordagem de alguns aspectos referentes ao presente dispositivo, uma vez que a matéria é polêmica na doutrina e na jurisprudência.

Há aqueles que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa a autoridade da coisa julgada, quais sejam, *verbi gratia*, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2004, p. 1156), Dalton Luiz Dallazem (2004, v. 14, p. 21-29), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 294:296).

É o posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito – a sobrevalorização da autoridade da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição. Nega-se, desta forma, a constitucionalidade da própria ação rescisória ou da *querela nulitatis*, institutos que evidenciam claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

A autoridade da sentença, a coisa julgada, é a sua imutabilidade e indiscutibilidade. Não é uma eficácia da sentença, mas apenas uma qualidade que é agregada ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado. Trata-se da eficácia negativa da coisa julgada, a qual consiste no impedimento de que outros juízos examinem aquilo que já foi decidido com força de coisa julgada. Assim, a possibilidade de a inconstitucionalidade vir a ser sucessivamente invocada para impedir a execução constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre toda a matéria alegada e aquela que se poderia alegar.

Parcela respeitável da doutrina, portanto, considera inconstitucional o artigo em comento por pretender ampliar

a função jurisdicional concedendo poder para controlar suas próprias decisões, já acobertadas pelo manto da coisa julgada material, com as posteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal e, mais ainda, outorgar ao Pretório Excelso o poder transrescisório de impor sua decisão sobre a coisa julgada, criando, com isso, o surgimento de nova hipótese de controle de constitucionalidade das decisões jurisdicionais revestidas pela coisa julgada material.

No direito comparado, a Constituição Portuguesa ao admitir a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, ressalva expressamente a coisa julgada material. Estabelece em seu Art. 282, n. 3 que “ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.”

Comentando sua Constituição pátria, Canotilho explica que a ressalva da CP visa preservar a intangibilidade da coisa julgada material diante da sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito. Expõe este jurisconsulto que:

“quando a Constituição (portuguesa) estabelece ressalva dos casos julgados, isso significa a imperturbabilidade das sentenças proferidas com fundamento inconstitucional. Deste modo, pode-se dizer que elas não são nulas nem reversíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. (...) Em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador

dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito. (1998, p. 1004).”

Esta parcela da doutrina que nega a supremacia da Constituição e sobrevaloriza o princípio processual constitucional da coisa julgada vem perdendo força na seara jurídica e, principalmente, nos Tribunais pátrios como veremos adiante. Não perfilhamos deste entendimento e, doravante, trataremos de entendimento diametralmente oposto: o da constitucionalidade do Art. 475-L, §1º do Código de Processo Civil.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE

Como exposto anteriormente, a tese de parcela da doutrina acerca da inconstitucionalidade merece crítica, haja vista sua patente consonância com nossa Carta Cidadã, tanto no âmbito formal, quanto no âmbito material. Importante salientar, porém, que no aspecto substancial há uma subdivisão dos estudiosos do direito quanto ao alcance e a aplicabilidade do instituto trazido pelo Art. 475-L, inciso II, §1º do Código de Processo Civil.

As diversas técnicas de controle de constitucionalidade e os novos institutos trazidos aos processos objetivos e subjetivos de declaração de constitucionalidade, capitaneados pelo Ministro Gilmar Mendes, trazem desdobramentos para o estudo em comento. Há restrição a funcionalidade do instituto deste estudo também quanto ao momento em que a decisão é acobertada pelo manto da coisa julgada, não se levando em consideração a cronologia da declaração de inconstitucionalidade.

Passa-se então a comentar, sucintamente, tais pontos debatidos nas diversas opiniões e entendimentos que deram

lastro para a tese da constitucionalidade dos novos embargos, corrente a qual nos filiamos.

2.1. Da Constitucionalidade Formal

O instituto objeto desta discussão é, sem sombra de dúvidas, desprovido de inconstitucionalidade formal. Esta, também denominada de inconstitucionalidade nomodinâmica, se verifica quando a lei ou ato normativo contiver algum vício em seu processo de formação, ou seja, no seu projeto legislativo de elaboração, entendida como a inconstitucionalidade formal propriamente dita, ou, ainda, em decorrência da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato, denominada de inconstitucionalidade formal orgânica.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato formativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. A inconstitucionalidade formal propriamente dita, que decorre de vício no devido processo legislativo, pode se dar por vício formal subjetivo ou vício formal objetivo. Aquele se verifica na fase de iniciativa do processo legislativo da referida matéria; este incide nas demais fases do processo legislativo, posteriores a fase de iniciativa. Não há registro da existência de vícios formais no processo legislativo de elaboração da medida provisória, e na posterior conversão desta em lei, que deu ensejo ao Art. 475-L do CPC.

Ademais, o novel mecanismo rescindente de sentenças inconstitucionais cuja redação foi dada pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, foi acrescentado pela Lei n. 11.232 de 2005. O fato de a referida medida provisória haver sido editada anteriormente à Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, reforça sua constitucionalidade, posto que esta, alterando o

Art. 62, §1º, I, b da CRFB, vedou a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a processo civil. Ou seja, o permissivo constitucional que autorizava a edição desvirtuada pelo Presidente da República de medidas provisórias em diversas matérias beneficiou, no apagar das luzes, na aprovação da espécie normativa com posterior conversão em lei, respeitando o devido processo legislativo.

2.2. Da Constitucionalidade Material: coisa julgada versus supremacia da CF.

Aqui floresceu a grande discussão acerca da inconstitucionalidade do mecanismo rescisório: sua constitucionalidade material. O nascedouro do conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição deu ensejo a debates acerca da consonância do novo mecanismo com a Constituição. Negar a constitucionalidade do §1º do Art. 475-L do CPC é negar a efetividade máxima da Constituição, e negar, ainda, a constitucionalidade da ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto.

O ordenamento jurídico como um todo deve ser interpretado pelos magistrados e operadores do direito em consonância com a CF. As normas constitucionais devem ser interpretadas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pela própria Constituição. Deve-se buscar sempre a harmonização nas normas constitucionais, adotando-se a solução que otimize a realização dos bens da vida em aparente conflito.

Não pode se olvidar dos princípios norteadores da hermenêutica constitucional. O princípio da força normativa da Constituição utilizado na solução de conflitos jurídico-constitucionais visa dar preferência às interpretações que

mais ajustem historicamente o sentido de suas normas, conferindo maior eficácia. Intimamente ligado ao princípio da força normativa da Constituição temos também o princípio hermenêutico-constitucional da máxima efetividade que busca interpretar suas normas otimizando a eficácia sem alterar seu conteúdo.

Portanto, a coisa julgada com fundamento em norma inconstitucional não deve se sobrepôr à supremacia da Constituição. A inconstitucionalidade não decorre de seu controle pelo STF em ação direta ou ação declaratória, haja vista seu caráter dúplice, mas sim da desconformidade do ato normativo estatal com a Carta Magna. O Supremo apenas reconhece abstratamente e, com efeito, *erga omnes* no processo objetivo da ação especial. Independente desta declaração, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do Poder Judiciário a qualquer tempo e processo onde se pretenda obter o reconhecimento da incompatibilidade com o texto maior.

Partindo do reconhecimento de parcela considerável da doutrina de que não há conflito aparente de princípios e muito menos a inconstitucionalidade do mecanismo, temos algumas divergências quanto ao alcance do instituto.

Primeiramente, entendem alguns doutrinadores que o mecanismo rescisório de sentença fundada em norma inconstitucional pelo STF pode ser aplicado com fundamento em decisões de controle de constitucionalidade na forma abstrata e até mesmo no controle difuso. Defende esta corrente o ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior, que escancara a aplicabilidade do instrumento para casos decorrentes de controle difuso, independente de atuação do Senado Federal para suspender a execução da norma. Expõe este estudioso que:

“A ação direta junto ao STF jamais foi a única para evitar os inconvenientes

da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado. (2004, p. 94-95)”

Clamando vênia, merece críticas este entendimento pois acaba concedendo a esse tipo de embargo à execução uma eficácia rescisória muito maior que a prevista no Art. 475-L, §1º do CPC, eficácia esta que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio diretamente na Constituição. Este excesso infundado de eficácia extinguiria por completo, pelo menos em matéria constitucional, o princípio da coisa julgada. Neste diapasão, ensejar-se-ia a qualquer magistrado invocar a inconstitucionalidade, negando execução a qualquer sentença ou acórdão, inclusive os proferidos por órgãos judiciários hierarquicamente superiores. Acarretaria, portanto, a instabilidade dos julgados, lastreando crítica de Barbosa Moreira:

“Suponhamos que um juiz convencido da incompatibilidade entre certa sentença e Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça

tolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento: O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda: (Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material, revista Dialética de Direito Processual, n. 22, 2005, p. 108-109)"

Portanto, esta opinião isolada que amplia exageradamente a relativização da coisa julgada, não explicita a verdadeira intenção do legislador, distorcendo o sentido teleológico e até mesmo literal do dispositivo.

De forma um pouco mais moderada encontram-se doutrinadores que, reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo, buscam dar o alcance que também abrange o controle difuso, porém devendo necessariamente ter havido suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal, ou seja, abarca não apenas as declarações de inconstitucionalidades decorrentes o controle concentrado, mas aplica-se também quando a sentença exequenda der

aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado, como disciplina o Art. 52, X da CRFB; e também quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado¹

Neste ponto, merecem ser analisados alguns fatores importantes. O primeiro seria o papel do Senado Federal. Este órgão do Poder Legislativo Federal tem a incumbência constitucional de suspender a execução de ato declarado inconstitucional em controle difuso pelo Pretório Excelso com a finalidade de emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários.

Há divergência quanto ao caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado Federal. A maioria da doutrina entende que a atuação desta Casa Legislativa decorre de discricionariedade política, ou seja, ela analisa se a lei deve ter sua execução suspensa e edita resolução neste sentido. Seria necessária a efetiva atuação do Senado para a suspensão da norma eivada de inconstitucionalidade. Esse é o entendimento do Supremo, do Senado Federal e de grande parte da doutrina. A casa dos representantes dos estados não está obrigada a suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Este é o melhor entendimento, pois, caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Em sentido oposto, teríamos a desnecessidade da atuação do Senado para suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, passando a ter aquela apenas caráter de publicidade. Deste entendimento vanguardista vem se fortalecendo uma nova teoria capitaneada pelo Ministro do Supremo, Gilmar Mendes, que transcende as

razões da decisão no controle concreto. É a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso. Trata-se de autêntica mutação constitucional em razão da reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se tem conferido à regra do Art. 52, X da CF.

Uadi Lammêgo Bulos define mutação constitucional como “... o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais.”²

Seria a mutação constitucional uma reinterpretação da norma, sem, contudo, alterar o texto constitucional, que permanece intacto. É o que propõe a teoria da transcendência da *ratio decidendi* no controle difuso, a qual entende que a suspensão de lei pelo Senado há de ter mero efeito de publicidade. Quer-se, com isso, aproximar o controle difuso do controle concentrado, criando o que chamamos de abstrativização do controle difuso.

É o que defende, em doutrina o Ministro Gilmar Mendes para quem:

“(...) não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar

² *Constituição Federal Anotada*, p.22.

necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. (2004, p. 165)”

Deve-se reconhecer a inovação e os benefícios trazidos por esse atraente entendimento, porém, deve-se agir com extrema cautela. O Supremo Tribunal Federal aplicou essa nova tese em alguns julgados, mas devemos lembrar que se trataram de casos repetitivos que abarrotavam os gabinetes dos Ministros do Supremo, como nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais. Assim ensina o atual Presidente da casa, Ministro Gilmar Mendes:

“Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante, não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no Art. 557, *caput*, e §1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras idênticas, oriundas de Municípios diversos. Em suma, tem-se

considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.(2008, p. 1088)”

Em excelente voto, o qual pedimos vênia para transcrever uma passagem, o Ministro Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça³, discorre:

“A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ, e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação,

³ REsp 828106-SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.05.2006, DJ 15.05.2006, p. 186

cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países.”

Apesar de apreciar tal pensamento e querer compartilhar das benesses trazidas por essa nova tendência, é prudente aguardar o final da discussão e a decisão definitiva do Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Neste hiato, filiamo-nos a discricionariedade política do Senado Federal quando da suspensão de lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Por fim, trataremos da corrente que, admitindo a constitucionalidade do dispositivo, restringiu sua incidência apenas para a hipótese em que a sentença exequenda se fundamentar em norma declarada pelo controle concentrado. Neste caso, deve a sentença ter-se baseado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão proferida pelo STF, e oponível *erga omnes*, tornando-se, portanto, inexigível a obrigação afirmada pelo título executivo.

Esta corrente que considera apenas a via do controle concentrado, apesar de bastante racional, ainda merece sutil reproxe, haja vista que não é toda e qualquer técnica de controle de constitucionalidade que poderá ser utilizada no mecanismo rescisório.

O Art. 475-L, §1º do Código de Processo Civil encontra-se assim redigido:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I. (...)

II. inexigibilidade de título;

§1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se

também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Realizando uma interpretação literal e não ampliativa do artigo em análise, nota-se claramente que a intenção do legislador foi a de aplicar essa possibilidade de impugnação do executado apenas para lei ou ato normativo declarado inconstitucional ou quando fundado em aplicação ou interpretação desta pelo STF. Não é prudente se estender a aplicabilidade às hipóteses de controle difuso, mesmo que o Senado Federal tenha editado Resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional e conferido eficácia *erga omnes* para a decisão. Também não se deve aplicar tal mecanismo às hipóteses de controle concentrado por meio da via da ação declaratória de constitucionalidade quando a sentença exeqüenda se fundar na não aplicabilidade de lei declarada constitucional, mesmo se valendo do caráter dúplice ou ambivalente da representação de inconstitucionalidade. E, por último, também não se deve aplicar o dispositivo rescisório para todas as técnicas de controle de constitucionalidade pela via da ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade há os casos específicos que se encaixam perfeitamente com o objetivo do legislador. É, também, neste sentido o entendimento do ilustre doutrinador Araken de Assis.⁴

⁴ *Eficácia da coisa julgada inconstitucional, Revista dialética de Direito Processual, 2002, p. 07/29.*

A redução do texto é o efeito natural esperado quando da afirmação da inconstitucionalidade da norma legal em ordenamentos como o pátrio em que tal vício implica em nulidade, posto que se o preceito inconstitucional é nulo, impõe-se seja extirpado do sistema, levando à redução do direito positivo. Quando o novo mecanismo, na primeira parte do parágrafo primeiro, aponta como vício de inconstitucionalidade a aplicação de lei inconstitucional, deve-se pensar na técnica adequada para o reconhecimento da inconstitucionalidade. Neste caso, supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, parcial ou integral, admitida na doutrina e na jurisprudência brasileira pela Teoria da Divisibilidade da Lei, de modo que, nas lições de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt “(...) o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma.” (*apud* MENDES, 2008, p. 1251)

A segunda parte do disposto no §1º do Art. 475-L refere-se à aplicação da lei a situação considerada inconstitucional. Para esta forma de controle utiliza-se técnica diversa, qual seja a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, posto que, no caso, a pura e simples redução de texto não se mostra adequada ao princípio da preservação da Constituição e da sua força normativa. Aqui, limita-se o órgão julgante a considerar a inconstitucionalidade apenas de determinada hipótese de aplicação da lei, sem provocar à alteração de seu programa normativo. Essa técnica é utilizada em situações em que a norma é constitucional quando aplicada a certas situações, mas eivada de nulidade quando aplicada a outras.

A terceira e última passagem do parágrafo fala da aplicação da lei com um sentido tido por inconstitucional. Neste derradeiro caso, aplica-se a técnica da interpretação

conforme a Constituição, postulado incorporado do direito americano. Esta difere da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto por que o órgão judicial confere qual interpretação está de acordo com o texto constitucional, e na declaração sem redução o órgão determina a hipótese de aplicação que deve ser excluída por inconstitucionalidade, sem alteração expressa no texto legal.

Trata-se de instituto hermenêutico “visando à otimização dos textos jurídicos, mediante agregação de sentidos, portanto, produção de sentido.” (STRECK, 2004, p. 580).

Mas, requer-se cuidado pois, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. (2008, p. 1255)

Deve haver, portanto, certa cautela na utilização da interpretação conforme a Constituição para não se desvirtuar a intenção do legislador e atuar o Poder Judiciário como legislador positivo.

Discutida a amplitude de incidência do mecanismo rescisório de sentença exequenda fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF passa-se a elencar mais uma restrição à aplicação do instituto: o direito intertemporal.

A hipótese de fundamentação dos embargos à execução com fundamento no Art. 475-L, §1º do CPC não deve se preocupar a época em que o precedente do Supremo foi adotado, se anteriormente ou posteriormente ao trânsito em julgado da sentença exequenda. A infeliz tese de se considerarem apenas as declarações de inconstitucionalidade supervenientes à prolação da sentença exequenda não é compatível com a eficácia que deve ser atribuída à jurisprudência do STF. E mais, se o precedente já existia à época da sentença, mais patente e evidente será o desrespeito à autoridade dos precedentes emanados pelo Pretório Excelso.

Outra questão importante está no fato de não ser aplicável o mecanismo às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência, pois apesar de se tratar de norma de natureza processual, e, portanto, de aplicação imediata aos processos em curso, não se admite a eficácia retroativa, pois desta forma se estaria ofendendo o Art. 5º, XXXVI da CRFB, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Ensina a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que deve haver em favor do beneficiado da sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada, e que não previa a modalidade de sua rescisão por via de embargos.⁵

Por fim, deve se considerar também fora da hipótese de aplicação deste mecanismo, a obrigação já devidamente cumprida pelo devedor-obrigado, haja vista também a ofensa

⁵ *Resp 667.362-SC, 1ª Turma, Min. José Delgado, j. 15.02.05.*

à garantia do ato jurídico perfeito. Portanto, mesmo que a sentença tenha se fundado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caso já tenha havido o efetivo e devido cumprimento da obrigação, não poderá o exequido alegar a inexigibilidade do título e requerer o retorno ao *status quo ante*.

CONCLUSÃO

O Art. 475-L, §1º do Código de Processo Civil, trazido pela Lei n. 11.232/05 é consequência da reforma processual civil que vem alterando profundamente nosso ordenamento jurídico. No que concerne às modificações legislativas realizadas, é indispensável salientar as alterações iniciadas a partir da Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que instituiu a tutela antecipada, e continuada pelas leis n. 9.139, de 30.11.1995; n. 9.245, de 26.12.1995; n. 10.352, de 26.12.2001; n. 10.444, de 7.5.2002, até as recentes leis n. 11.232, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006, estas oriundas dos estudos decorrentes do chamado “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, firmado ao final do ano de 2004 pelo Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Senado Federal, que destaca os esforços dos chefes dos três Poderes no sentido de aprovar e implementar medidas com o escopo primordial de aprimoramento do sistema judicial nacional.

O novel mecanismo rescisório objeto deste estudo tem sua constitucionalidade reconhecida, haja vista a consonância de sua elaboração com o devido processo legislativo e, no âmbito substancial, uma interpretação em conformidade com a supremacia da Constituição. Não há uma condenação ao princípio constitucional da coisa julgada, disposta no Art. 5º XXXVI da CRFB. Mas apenas uma

relativização posto que no conflito aparente de princípios não há sobreposição de uns frente a outros, mas sim o sopesamento axiológico que culmina com a sobrevalorização de uns apenas para o caso em análise.

Este interessante dispositivo que ataca sentenças fundadas em normas declaradas inconstitucionais pelo STF deve, no momento de sua aplicação, respeitar alguns limites materiais e temporais para que não seja desvirtuada a vontade do legislador ordinário. E neste sentido que expomos doravante os limites para aplicação dos novos embargos do executado.

O §1º do Art. 475-L do digesto processual não deve ser aplicado sobre todas as sentenças que sejam objeto das mais diversas técnicas de interpretação e conseqüente declaração de inconstitucionalidade. Realmente, o novo instrumento rescisório não tem força de solucionar, por inteiro, todos os aparentes conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e o da coisa julgada material. A solução oferecida por este mecanismo só deve ser aplicada apenas a situações especiais. A eficácia rescisória dos presentes embargos à execução deve respeitar os seguintes pressupostos: a sentença atacada deve estar fundada em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja por aplicar norma declarada inconstitucional, objeto da técnica da declaração parcial ou total de inconstitucionalidade com redução do texto; por aplicar norma em situação tida por inconstitucional, objeto da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; por aplicar norma com um sentido tido por inconstitucional, objeto da técnica da interpretação conforme a Constituição, todas reconhecidas em precedente do Supremo Tribunal Federal, apenas em controle concentrado, enquanto não houver mutação constitucional declarada pelo Plenário da casa quanto à atuação do Senado Federal no

controle difuso, e, independentemente do momento em que o precedente foi adotado.

Estão também fora do alcance deste instituto as sentenças, ainda que fundadas em norma tida por inconstitucional em controle abstrato, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência, respeitando, portanto, o Art. 5º, inciso XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Revista do Serviço Público, ano 5, v. 4, n. 3, dez. 1942.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 2, 14ª Ed. Lúmen Júris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 11ª Ed. Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. v. 3, 6ª Ed. Revista dos Tribunais, 2007

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, abr.-jun. 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª Ed. Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 8ª Ed. RT, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito.**, 2ª Ed. Forense, 2004.

O SISTEMA REPRESENTATIVO E O CONFLITO EXISTENCIAL COM O REGIME DEMOCRÁTICO

Caio Lima Barroso

Bacharel em Direito (UFC)

Analista Judiciário Adjunto (TJ-Ce)

Especializando em Direito Constitucional (ESMEC)

SUMÁRIO: 1. Teoria da duplicidade como base política do liberalismo; 2. Teoria da identidade e soberania popular; 2.1. Sufrágio Universal; 2.2. Surgimento dos institutos da democracia semidireta; 3. Dos grupos de pressão à tecnocracia atual; 4. Referências bibliográficas.

1. Teoria da duplicidade como base política do liberalismo

A representação advém da necessidade de delegar poderes àqueles mais aptos a desempenhá-lo, cuja confiança lhe é depositada pelo mandatário para agir em seu nome e defender seus interesses.

Nesse sentido, a Revolução Francesa foi responsável pela modificação do que, até então, se entendia como representação. A representação que se sustentava através de dogmas religiosos e se legitimada pela vontade divina, passou a ter outros horizontes com o surgimento do poder soberano desvinculado da doutrina teológica. Através dos representantes iriam se externar os reflexos do poder absoluto, soberano e não mais divino. Tal soberania era exercida, neste primeiro momento, em nome da nação e o representante eleito agiria em nome de todo o reino e não do Cantão ou cidadão que o elegera.

Tal inovação ficou assentada na Constituição Francesa

de 1791, art. 2º do preâmbulo, que prescrevia:

“A nação de onde exclusivamente emanam todos os poderes não pode exercê-los senão por delegação. A constituição francesa é representativa: os representantes são o corpo legislativo e o rei”

Em um primeiro momento, a figura do rei foi conservada, até que movido por revolucionários extremistas, Luís XVI foi rebaixado à mera condição de cidadão e posteriormente, em 1793, foi levado à guilhotina. O que demonstrou não somente a quebra com a monarquia, mas principalmente a superação do temor ao divino.

Tal doutrina foi encampada pela casta burguesa, cansada de financiar os desmandos da nobreza e do clero, utilizando-se da alegativa de interesse nacional soberano para galgar o poder. Defendiam os pensadores da época que os representantes, embora eleitos, não tinham obrigação de manter vínculo entre suas atuações como parlamentares e os interesses dos eleitores, aí está o cerne da teoria da duplicidade na representação.

Chegou a afirmar Montesquieu¹, paladino da representatividade, que o povo não tinha capacidade de participar da vida política, devendo tão somente eleger os representantes. Desta feita, defendiam a atuação dos eleitores como mero instrumento de designação de uma elite capaz de decidir isoladamente o futuro da nação, representando um duro golpe contra o povo, que mais uma vez se viu excluído do processo decisório

Tendo em vista os interesses da classe burguesa, tal sistema representativo se coaduna com a manutenção no

¹ *Espírito das Leis*

poder de uma pequena classe privilegiada, ao mesmo tempo que afasta o povo da participação política em nome de pessoas “mais bem preparadas” para gerir os destinos da nação.

Foi neste propício ambiente que mais proliferou a ideologia do Estado Liberal, através do monopólio do capital, e a conseqüente manipulação sobre a economia, o que possibilitou a dominação política do estado, através da administração pública, fazendo com que toda a engrenagem funcionasse de acordo com seus interesses.

Em outras palavras, o estado se tornou um facilitador dos anseios burgueses, vez que buscavam resguardar os interesses da soberania nacional externados pela classe política eleita, comprometida com a burguesia, e desvinculada dos interesses populares, pois, como já dito, ao povo não cabia decidir os futuros da nação.

Conforme afirmara o eminente jurista Paulo Bonavides² para ilustrar a total desvinculação do ente estatal e a vontade popular, “[...] o estado é monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que na imagem bíblica se volta contra o criador.”

A representação política, desde sua gênese, desempenha o papel somente legitimador do poder político não tendo sido eficaz na defesa dos interesses dos representados, verdadeiros detentores do poder soberano estatal, neste sentido conclui Roberto Amaral³ com seus vastos anos de experiência política:

“A democracia representativa não é

² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. 3 p.

³ AMARAL, Roberto. *Apontamentos para a reforma política*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38, nº 151, jul./set. 2001, 30p.

uma forma de governo popular, mas tão somente um conjunto de procedimentos de controle sobre o governo, ou de mera legitimação do poder, mediante o processo eleitoral, mediatizado pelo poder econômico, pelo (abuso) do poder político e pela manipulação da vontade eleitoral pelos meios de comunicação, questões insolúveis na sociedade de massa.”

Neste horizonte nebuloso de perspectivas, insurge uma série de fatores que viriam a modificar o sistema representativo até então conhecido e adotado. Fatores como o desgaste político da aristocracia burguesa, conscientização política da classe obreira e dos profissionais liberais e a crise existencial do próprio regime representativo, que de fato somente representava uma minoria abastarda em detrimento dos interesses populares.

Diante da pressão existente e da impossibilidade de manutenção desse sistema de governo isolacionista, buscou-se adequar os anseios sociais a nova ordem representativa, sem, no entanto, ocasionar graves rupturas no sistema político. Através desses novos paradigmas, buscou se implantar um sistema em que a atuação dos governantes resguardasse uma identidade, harmonia, com os interesses dos governados. Surgiu o conceito de soberania popular, juntamente com os institutos da democracia semidireta, externando as fragilidades da teoria da duplicidade e do mandado representativo.

2. Teoria da identidade e soberania popular

Adotada a teoria da duplicidade passou-se a divagar acerca da soberania popular como norte para o novo sistema

representativo que se iniciara. A titularidade de todo o poder estatal passou a ser atribuída ao povo e não mais aos interesses abstratos do ente estatal. A representação, que antes se reduzira a simples indicação dos representantes, passou a ter uma feição mais direta, democrática, participativa, através da legitimação popular na determinação, exigibilidade e fiscalização dos atos dos eleitos.

Como precursor desta nova corrente, destaca-se com magnitude a contribuição de Rousseu, o defensor das massas, precursor da soberania popular, tendo como ápice de seu pensamento *O Contrato Social*, onde expõe sua aversão à vontade do representante, porque nela estava implícita a alienação da vontade soberana do homem livre, apregoando o povo ícone, compreendendo a democracia como o regime que possibilita a participação dos governados na formação da vontade governativa. Assenta Paulo Bonavides⁴ a grandeza de tal obra:

“O Contrato social é a um tempo ponto de chegada e ponto de partida. Ponto de chegada do lento evoluir doutrinário do contratualismo e ponto de partida para os movimentos revolucionários que trazem na crista da comoção social o novo poder poético.”

Fundada na *la volonté générale*, onde o próprio Rousseau define: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos ainda cada membro como parte indivisível do todo”.⁵ Passando-se da submissão ao

⁴ *Reflexões políticas e direito pg. 164*

⁵ *J.J. Rousseau, “Du Contrat Social”, Classiques Garnier, 1954, p.243.*

despotismo da nobreza, ao absolutismo da vontade direta do povo.

Desta forma, busca Rousseau criar a máxima de sua doutrina onde a soberania popular é indelegável e indivisível, ferindo de morte a representação política, pilar da democracia vigente. Defendendo que a vontade geral há de ser necessariamente aquela advinda do próprio povo, sem representantes, pois somente aquele detém o poder de criar leis e tomar decisões que possam limitar a vontade individual, fazendo desta forma prevalecer a liberdade do cidadão, pois não ficaria a mercê do representante da vez. Assim expondo, nos dizeres de Bonavides⁶:

“Se nos entregamos a este ou àquele governante, a este ou àquele grupo, fenece nossa liberdade. Se nos entregamos, porém a todos, não nos entregamos a ninguém. Logo, a vontade geral é a vontade libertadora de todo ser humano”

Porém, esta nova teoria, brilhantemente defendida por Rousseau, não foi suficiente para solucionar os problemas do mandado representativo, e nem era este o interesse das elites. O que se buscava era somente uma forma de justificação da aristocracia dominante para acalmar os sentimentos de reforma em ebulição.

Neste diapasão, afirmara ainda Paulo Bonavides⁷:

“Começa daí a obra de dinamização da primeira fase do constitucionalismo

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. Pg. 177

⁷ BONAVIDES, Paulo. ***Do Estado Liberal ao Estado Social***. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. 6-7 p.

burguês. O curso das idéias pede um novo leito. Da liberdade do homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal.

Do principio liberal chega-se ao princípio democrático.

Do governo de uma classe ao governo de todas as classes.

E essa idéia se agita sobretudo com invencível ímpeto rumo ao sufrágio universal”.

Usava a burguesia a bandeira da liberdade para manter o domínio do poder político, não obstante a grande maioria fosse excluída da participação política e não gozava de uma vida digna, condição *sine qua non* para usufruir da liberdade apregoada.

No entanto, surgiram além do mandado imperativo como forma de representação outros institutos da democracia cujo advento modificou o conceito de representatividade, são eles: o sufrágio universal e instrumentos de participação direta.

2.1 Sufrágio Universal

Antes de adentrarmos na natureza universal do sufrágio é necessário tecer algumas considerações acerca de sua definição. Trata-se o sufrágio do exercício do poder político pelos cidadãos através da soberania popular, a fim de participar da vida pública.

Pode-se manifestar através da votação, nos institutos da democracia semidireta, semelhante as “polis gregas”, onde o cidadão apto a participar da vida pública interfere diretamente nas decisões políticas da nação.

Ou externa-se por meio da eleição, delegando o seu poder soberano ao representante eleito, via pela qual a democracia se assentou, sendo muitas vezes, confundido com o próprio fim do regime democrático, quando em verdade trata-se apenas de uma feição, e talvez a menos autêntica.

Com a teoria da identidade, passou-se a considerar o sufrágio como um direito inalienável, decorrente da própria soberania popular cujo exercício era atribuído a todos de forma igualitária, sem restrições quanto aos mais aptos para o seu exercício. Daí ser o sufrágio universal e o mandado imperativo frutos da soberania popular, cuja existência remete a da própria democracia.

Urge salientar que mesmo sendo universal, o sufrágio apresenta algumas restrições, e é recomendável que assim seja, pois tal poder conota a expressão maior da cidadania e configura-se em ato de extrema responsabilidade. O que caracteriza a universalidade do sufrágio é sua amplitude de alcance, e as restrições existentes não devem ter caráter discriminatório, segregante.

No Brasil o voto foi exercido antes mesmo da própria independência, onde o povo votava para escolher os vereadores, juízes, oficiais das câmaras, escrivães, dentre outros; porém não podia ser votado, pois há época o voto era um direito estendido a todos, mas ser votado era um privilégio de poucos. Assim o foi até a independência, quando o voto popular foi tolhido⁸:

⁸ FERREIRA Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro, Coleção Biblioteca Básica Brasileira, Brasília, Senado Federal, 2001, p.95*

“Até 1822, o povo votava em massa, sem limitações, sem restrições. Ao ganhar o Brasil sua independência política, o povo perdeu o direito que teve, durante três séculos de votar, pois o voto tornou-se também um privilégio. O Brasil ganhou sua independência política, e, ao mesmo tempo, o povo perdeu os seus direitos políticos. Curioso paradoxo esse.”

Nossa primeira Carta Política, de 1824, estatuiu eleições indiretas e censitárias, onde os eleitores de base elegiam os eleitores de província e este por sua vez elegiam os deputados, senadores e membros dos conselhos de província. Somente com advento da república em 1889 e com a ulterior Constituição de 1891, foi reconhecido o voto universal, porém mitigado, pois a mulher ainda era excluída da participação política, o que perdurou até 1934, com a primeira era Vargas.

Assim o voto universal é condição *sine qua non* para o exercício pleno da soberania popular, vez que se ao povo não é dado, na democracia moderna, a possibilidade de participação das decisões políticas, pelo menos a escolha dos mandatários deve ser afeta à ampla participação, sob pena de macular a própria legitimidade fundamentadora do sistema político.

2.2 Surgimento dos institutos da democracia semidireta

A primeira constituição que erigiu em seus termos os trôpegos passos para a consolidação do mandato imperativo foi a de Weimar em 1919. Trouxe ao lume

instrumentos plebiscitários, onde o eleitor participava diretamente da vida política, mitigando o pleno poder dos eleitos, até então absolutos.

Além disso, fora instituídos instrumentos de fiscalização da atuação dos eleitos, vinculando-os aos seus eleitores. Porém, tal papel não fora acessível aos eleitores de forma geral, ficando restrito a grupos políticos organizados, conforme se verá mais adiante.

Não obstante as imperfeições constatadas, houve um grande passo para a internacionalização da democracia, esta não só em seu caráter representativo, mas participativo.

Criou bases para a efetiva participação popular em uma sociedade de massas, onde as decisões políticas não caberiam somente aos eleitos ou aos grupos de pressão, acentuando-se a participação direta do cidadão na vida política, coerente aos ensinamentos de Rousseau⁹:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada ela; consiste ela essencialmente numa vontade geral e a vontade não se representa: ou é ela mesma ou é algo diferente; não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles não são senão comissários; nada podem concluir em definitivo. Toda lei que o povo não haja pessoalmente ratificado é nula não é lei.

Hodiernamente, nossa legislação consagra alguns

⁹ ROUSSEAU, J. J. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992. 250 p.

instrumentos de participação direta do eleitor como o plebiscito, referendo e iniciativa popular; erigidos em nossa Carta Magna art. 14, incisos I, II e III respectivamente; e regulamentados na lei 9.709/98. Embora, reconhecidamente importante, suas aplicações tornam-se deveras complicada. Quanto aos instrumentos de consulta popular, em face de vivermos em uma sociedade populosa, onde qualquer escrutínio envolve milhões de eleitores, torna-se necessário mobilizar um grande aparato estatal e milhares de colaboradores para viabilizar a consulta popular.

Somente para ilustrar, destaque-se que foi realizado em 23 de outubro de 2005 o primeiro referendo de nossa história – o do desarmamento – onde o governo Federal despendeu algo em torno de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais)¹⁰, ao revés durante todo o ano 2005 fora gasto em segurança pública pelo governo Federal cerca de R\$ 475.000.000,00 (quatrocentos e setenta e cinco milhões de reais)¹¹, o que para um país subdesenvolvido como o nosso torna inviável a realização de consultas com maior frequência. Quanto à iniciativa popular, as barreiras são de ordem intelectual, pois a grande maioria da população desconhece a própria existência deste instituto, quem dirá a forma de exercê-lo.

Conforme já dito, em um primeiro momento não se vislumbra a viabilidade de participação direta do povo, como era exercida na democracia de Atenas, muito bem manifestada por Djalma Pinto¹²:

“Todos os homens cidadãos
atenienses, ricos ou pobres,

¹⁰ www.sspj.go.gov.br/ag_noticias/con_noticia.php?col=2&pub=4631

¹¹ www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121497.shtml

¹² PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. 89 p.

participavam diretamente da Assembléia do Povo, podendo cada um apresentar propostas e votar, em igualdade de condições, em todas as deliberações. Não havia representação, o poder era exercido pessoalmente por cada cidadão ateniense integrante da Assembléia.”

Porém, assim como a população cresceu meteoricamente desde o séc.VII a.C, o desenvolvimento tecnológico atual, nos permite alcançar instrumentos que viabilizem a participação direta sem ônus demasiado ao Estado, nem ao cidadão. Os meios de comunicação em massa, notadamente a internet, associado a instrumentos que dinamizem o exercício do voto direto, como a urna eletrônica, podem viabilizar o exercício da democracia direta, situação até há pouco inimaginável em uma sociedade de bilhões de pessoas.

3 Dos grupos de pressão a tecnocracia atual.

A aproximação das decisões políticas aos interesses sociais, fez da teoria da identidade uma forma de legitimação para a participação popular na vida política. Tal inserção propiciou que as pessoas se organizassem a fim de pleitear de forma mais objetiva, concentrada, seus interesses. Muito embora, tal organização, a primeira vista, seja positiva para os fins a que se busca, causou na verdade a diáspora da vontade una e soberana do povo. As pessoas passaram a se unir em grupos cuja ideologia apresentava-se similar, a fim de canalizar suas lutas para pressionar o estado.

Tais organizações de mobilização tomaram a feição

de partidos políticos e dos grupos de pressão, distanciando-se novamente da democracia defendida por Rousseau, onde a soberania não poderia ser representada e somente se externava através da vontade geral manifestada pelo próprio cidadão. Tal vontade soberana se decompôs em torno dos grupos de pressão e partidos políticos, os quais passaram a interferir nas decisões do governo, neste momento estaria o povo alienando o seu quinhão da soberania, não mais aos representantes, mas sim aos grupos organizados.

Bem retrata e define a atuação dos grupos de pressão o mestre Paulo Bonavides¹³ :

“Alteraram-se assim as bases dos sistema representativo tradicional. Da representação do povo abstrato e simbólico passou-se à representação concreta de coletividades parciais, representação profissional ou classista, que o sopro ideológico institucionalizou nos *soviets* russos, nos *fascios* itálicos, nas corporações ibéricas. Não podendo retrair-se à ação dessas categorias, nem ignorá-las, a democracia entrou a conhecê-las, em toda a sua desnudez, sem nenhum véu ideológico, com a fereza que elas apresentam de mera soma ou massa de interesse, tendo por nome político já vulgarizado a expressão corrente: grupos de pressão.”

¹³ *Reflexões Políticas*. pg. 23

Tais grupos embora legitimem sua atuação na defesa do bem comum, na prática distanciam-se muito de sê-lo. Partindo da premissa que todo poder é oligárquico, os grupos de pressão passaram a defender interesses particulares, privilegiadores de determinadas castas, longe de representarem o interesse popular soberano. Desta forma, mais uma vez as classes dominantes usurparam do povo o direito de participar da vida política, passando a ilusória implantação do mandato imperativo, quando na verdade o que se vinculava à atuação do eleito eram as determinações da cúpula privilegiada dos grupos de pressão.

Formou-se com o surgimento destes grupos uma espécie de “atravessador” da vontade popular, uma relação tridimensional onde estes grupos orbitam entre a vontade soberana do povo e a atuação dos governantes. A relação entre os cidadãos e estes grupos muito se assemelha à representação livre, defendida pela teoria da duplicidade onde os grupos lutam por diversos interesses, muitas vezes contrários ao da maioria interna, em nome de seus pares. Por outro lado, a relação entre os grupos de pressão e os governantes tem natureza vinculativa quanto às determinações daqueles, que muito se aproxima da teoria da identidade. Quando o político eleito não atende aos interesses do representante dos grupos, na verdade esta divergindo não só com uma pessoa determinada, mas com milhares. Daí a vinculação dos anseios dos grupos à atuação dos governantes.

Não se pode, porém privar a sociedade da organização de indivíduos em grupos, pois conforme Aristóteles - o Homem é um animal político e nasceu fadado a viver em grupos, em sociedade. Ademais, em uma sociedade democrática e pluralista como a nossa, qualquer privação a manifestação pacíficas de grupos de pressão

configura grave ofensa à liberdade de opinião e ao pluralismo político.

Medidas necessárias para atenuar os problemas advindos dos grupos de pressão seria sua institucionalização, reconhecimento pelo estado da importância e influência na política, semelhante com o que ocorreu com os partidos políticos e como ocorre com os grupos de pressão nos EUA, onde a profissão de “lobista” é reconhecida e regulamentada. Tais mudanças possibilitariam uma maior fiscalização e atenuariam a ocorrência de corrupção em seu seio.

Diante destes novos parâmetros de representação surge atualmente uma outra forma de influência no processo decisório, trata-se da tecnocracia. Essa modalidade de influência decisória, sem dúvida, é a que mais afasta o cidadão da participação estatal, pois relega a democracia a mero formalismo, uma ilusão, pois embora os votos do povo elejam os representantes, nem estes muito menos aqueles governam.

Características marcantes da tecnocracia é sua influência determinante nos atos de governo. Escondidos e de difícil determinação de seus agentes, longe da opinião pública que carece de meios para criticá-los, pois também são subservientes a eles, permanecendo intocáveis. Proferindo ameaças de toda ordem, defendem a implantação de suas determinações em nome da estabilidade econômica, valorização da moeda, risco país, imagem internacional, possíveis represarias a serem adotadas, enfim o governo se vê a mercê destes mercenários. Tais políticos tecnocratas não só maculam a democracia, mas também o próprio estado social, vez que as decisões por eles impostas têm total desprezo pelo ser humano e pelas questões sociais, privilegiando a seara econômica em detrimento do povo que fica relegado ao

segundo plano.

Em verdade, a tecnocracia se originou do desdobramento dos grupos de pressão, onde um grupo vitorioso (em nosso caso o econômico) exerce hegemonia na determinação do futuro da nação.

Somente para ilustrar, pode-se destacar como exemplo claro da presença dos tecnocratas no poder o governo Lula. Tal governo, dito dos trabalhadores elegeu-se com bases populares, porém antes mesmo de assumir o poder traiu o seu passado aliando-se aos tecnocratas, através da assinatura da Cartilha de intenções, onde o governo Lula se comprometeu a atender as determinações deste grupo em nome da dita “estabilidade”. E como medida concreta no exercício da subserviência o governo aprovou a Emenda Constitucional número 40, de 29 de maio de 2003, que dentre outras determinações estabelecia a cobrança máxima de juros reais em 12% ao ano, aplicados ao Sistema Financeiro Nacional. Embora em torno do já revogado art.192 §3º versasse uma celeuma acerca de sua auto-aplicabilidade, era instrumento de fundamentação para a revisão de muitos contratos, principalmente por juízes singulares. Vitória da tecnocracia em prejuízos do povo e da justiça social que perderam mais uma batalha contra o capital especulativo.

Por fim, sintetiza com brilho peculiar o professor Paulo Bonavides¹⁴, nosso cânone maior da ciência política, os sucessivos estágios da participação popular na tomada de decisões dos governos, em face destes organismos que figuram como intervenientes da vontade popular junto à cúpula de comando:

“Em todo o século XX a evolução do poder não tem sido outra senão esta:

o estreitamento gradual das possibilidades de participação efetiva do povo no processo decisório. Nunca se invocou tanto quanto agora o nome do povo para estear as instituições políticas e emprestar-lhes legitimidade. E contudo nunca se fez tanto por tolher essa participação efetiva quanto nos dias de hoje. Proclama-se o fim das instituições liberais. Todavia, a queda dos sistemas individuais, que o liberalismo amparara, não deve servir de pretexto ao sacrifício da liberdade nem à postergação dos direitos do homem. O sufrágio universal dera ao povo a alentadora ilusão de governo. Com essa forma de sufrágio, vieram, porém os partidos políticos e arrebataram ao cidadão uma parte considerável daquela soberania eleitoral de que ele concretamente se fizera titular.

A segunda crise principiou com o advento dos grupos de pressão, cuja estréia fez mais apertado o gargalo político da presença popular, debilitando os partidos ou alienando-os em grau bastante alto. De modo que, em algumas formas políticas, onde os grupos desenfreadamente militam, a realidade partidária, do ponto de vista da eficácia, pouco representa ou nada significa.

E, finalmente, a distância do cidadão

ao Estado se alargou de maneira estonteante com a formação da minoria tecnocrática, que fecha cada vez mais o círculo já estreito da intervenção democrática e levanta questões de aguda atualidade relativas a sobrevivência da democracia. O povo se sente então frustrado e ausente do processo decisório, feito em seu nome, mas sem sua real participação.”

4. Referências

AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38, nº 151, jul./set. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

_____. **Reflexões políticas e direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978

_____. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. A evolução do sistema eleitoral brasileiro, Coleção Biblioteca Básica Brasileira, Brasília, Senado Federal, 2001

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Rousseau, J.J “ Du Contrat Social”, Classiques Garnier, 1954.

Notas:

1 - http://www.sspj.go.gov.br/ag_noticias/con_noticia.php?col=2&pub=4631, consultado em 09.05.2009 às 15:00

2 <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121497.shtml> consultado em 09.05.2009 às 15:30

PARADIGMAS INCONSTITUCIONAIS DO SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS E PARDOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE

Suely Pinheiro Falcão Dias

*Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza
Especializando em Direito Constitucional pela Escola
Superior da Magistratura
Analista Judiciária da Justiça Estadual do Ceará*

Sumário: Introdução. 1. Racismo. 1.1. Contexto Global. 1.2. O caso brasileiro. 2. Sistema de cotas para negros e pardos nas universidades brasileiras. 2.1. Surgimento. 2.2 Princípios constitucionais invocados. 2.2.1. Princípio da isonomia. 2.2.2. Princípio da proporcionalidade. 2.3. Ofensa aos princípios invocados. 3. Da (in)constitucionalidade do sistema de cotas. 3.1. Discriminação explícita na seleção baseada em critérios subjetivos. 3.2. Inexistência de critério objetivo para a definição do conceito de raça. Conclusão.

RESUMO

O racismo, tal qual o conhecemos, vem se arrastando ao longo de toda a história da humanidade. Não somente contra os indivíduos hoje denominados afro-descendentes, outrora mais acertadamente conhecidos por

negros. E aqui se fala sem nenhuma sombra de racismo, ao contrário, a palavra negro não deveria ser motivo de vergonha e sim, de orgulho para aqueles que têm como aspecto físico externo, a tez escura. Como também nada tem de vergonhoso em ser branco, índio, mestiço, judeu ou árabe. Isto porque o racismo não está presente tão só no binômio negro x branco. A história também mostra o holocausto na Alemanha nazista e o extermínio indígena no Brasil. Porém, o grande cerne da questão hodierna brasileira é o tão falado sistema de cotas nas universidades públicas para negros e pardos, gerando um tipo de preconceito maléfico que acentua ainda mais um diferencial entre pessoas de cores diferentes, julgando a inteligência pelo aspecto externo do sujeito, melhor dizendo, nesse contexto, a inteligência não se situa no cérebro, mas, sim, na pele. Daí abre-se precedente para o esfacelamento dos princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade. Iguais tratados como desiguais. A proporcionalidade a depender se o sujeito é branco ou preto. E qual o critério para se aferir a raça negra? O presente trabalho aborda todas estas questões averiguando, ao final, os critérios subjetivo e objetivo que levam a uma idéia equivocada do conceito de raça, baseados nos quais, se busca implementar o sistema de cotas.

Palavras-chave: Racismo. Cotas. Isonomia. Proporcionalidade. Critérios. Ineficácia.

1. Racismo

“Quando deixarmos soar a liberdade, quando a deixarmos soar em cada povoação e em cada lugarejo, em

cada Estado e em cada cidade, poderemos acelerar o advento daquele dia em que todos os filhos de Deus, homens negros e homens brancos, judeus e cristãos, protestantes e católicos, poderão dar-se as mãos e cantar com as palavras do antigo espiritual negro: livres, enfim. Livres, enfim.”

Martin Luther King Jr.

Racismo, segundo o dicionário *Larousse* significa: sistema que afirma a superioridade racial de um grupo sobre outros, pregando, em particular, o confinamento dos inferiores numa parte do país (segregação racial).

Sistema, por sua vez, consubstancia-se num conjunto de idéias e práticas, pessoais e coletivas, de pequeno e longo alcance.

O racismo, ao longo da história da humanidade, tem sido causa de infindáveis e indescritíveis sofrimentos. Mas, afinal, o que é raça? Pelo que se denota essa é uma das palavras mais confusas em todas as línguas. É como se fora grupos distintos, sendo cada grupo uma raça.

Segundo bem observa José Rufino dos Santos, em sua obra *O que é o racismo* (1991, p. 11):

“O que é um grupo racial? A pergunta parece tola: ninguém confunde um preto com um branco, um índio com um japonês e, se for um bom observador, não confundirá, também, um judeu com um italiano. Nenhum desses grupos de pessoas é, porém, uma raça. Pretos e brancos são

apenas conjuntos de indivíduos que têm essas cores – nada mais. (um sujeito preto pode, por exemplo, estar biologicamente mais próximo de um branco do que de outro sujeito preto). Índios e judeus não são raças, são povos (...). Quanto a japoneses e italianos, são nacionalidades, assim como o são brasileiros, angolanos, dinamarqueses, etc.”

Há quem sustente a existência de um racismo desdobrado em três níveis: o individual, o institucional e o cultural. O primeiro refere-se ao indivíduo racista, que é aquele que considera que os negros são inferiores aos brancos. Essa pessoa – o racista – abominavelmente e equivocadamente acredita que a cor da pele, mormente, a branca, faz dela alguém superior em todos os aspectos. Trata os negros como se ainda devessem ser escravizados, se não com correntes e torturas físicas, pelo menos com a segregação, com o jugo desigual. Chega mesmo a não aceitar que seus familiares gerem filhos com pessoas de cor. Olha o negro através das lentes amargas e cruéis da discriminação baseada nos traços físicos (genótipos ou fenótipos). Até mesmo as expressões culturais dos negros são consideradas inferiores, avaliando como positiva a cultura branca e, como negativa, a cultura negra.

No tocante ao racismo institucional, por sua amplitude, torna-se mais denso e mais geral. É uma derivação do racismo individual, pois, as instituições normalmente são criadas por pessoas “brancas”. Ditas instituições, infelizmente presente ainda em vários países, utilizam critérios de cor para escolher seus empregados, seus alunos, seus consumidores, seus assistidos. Depende em

que área atua, se na economia, na educação, na Justiça, etc. É bom que se frise que, no Brasil atual, não existe segregação racial, embora exista um racismo encoberto, sutil. No entanto passará a existir “legalmente” e de forma reversa, a partir da implementação das costas objeto desse singelo trabalho.

Triste exemplo de racismo institucional ocorreu nos EUA, em Boston, no caso do desaparecimento da menina negra Claris Blake. A polícia daquela localidade simplesmente se omitiu em procurar a criança pelo fato de ser negra. Segundo discorre James. M. Jones, no livro *Racismo e Preconceito* (1973, p. 127):

“Claris Blake era uma menina negra de doze anos de idade, e que vivia em Dorchester, um bairro negro da cidade de Boston. No fim de uma tarde, por volta de 4 e meia, foi a uma loja da esquina para comprar uma torta para sua mãe. Às 5 e meia, ao ver que a menina não tinha voltado, sua mãe ficou preocupada e começou e começou a procurar por toda a vizinhança; por volta de 8 e meia chamou a polícia. Isso ocorreu a 27 de abril de 1967. A resposta da polícia foi de indiferença, apatia e pouca ajuda.

(...)

A história completa é longa e triste. É suficiente para que qualquer pessoa deixe de acreditar da Justiça – reforça a necessidade que os negros sentem de controlar suas instituições. A polícia

nunca realizou uma busca para localizar a menina

(...)

Clarís telefonou para casa às 7h10 da manhã do dia 7 de Maio. Sua voz parecia assustada e perguntou à mãe se gostava dela. O telefone foi interrompido.

(...)

O FBI se recusou a participar dos trabalhos porque não se tratava de fuga de um Estado para outro. *Como era possível saber?*

(...)

No dia 15 de Maio de 1971, o corpo de Clarís foi encontrado; tinha um tiro na cabeça. Não era possível saber, imediatamente, há quanto tempo estava morta.” (grifos originais).

Infelizmente essa é a realidade nua e crua. Contudo é mais fácil mobilizar as instituições se a pessoa que dela necessita tem poderio econômico. Não é somente uma questão racial, mas, principalmente, uma questão de ter ou não dinheiro.

Por fim, o racismo cultural mescla as duas formas de racismo supramencionadas e esta presente em todas as manifestações da cultura dos povos, tais como, música, religião, língua, etc.

Nesse diapasão, é de bom alvitre ressaltar, a existência de uma manifestação covarde e muito maléfica de racismo, o tão em voga racismo étnico-cultural, que é a xenofobia. Aliás, o Brasil é uma nação primordialmente xenofóbica. Basta que se assistam os noticiários televisivos para se ter

uma noção da barbárie que se é capaz em nome dele. Por exemplo, os rapazes, todos de classe média, que se arvoraram no direito de jogar combustível em um índio e queimá-lo vivo. Assim, como se fosse uma coisa qualquer e não um ser humano. Basta ver o que sofrem os nordestinos no Sudeste do país. São basicamente obrigados a mudar o seu modo regional de falar a fim de não serem submetidos a todo tipo de brincadeira e chacota. Ou seja, não é tão somente contra o negro que existe racismo, é contra todo e qualquer indivíduo “diferente” de determinado grupo social.

1.1. *Contexto Global*

Como já se afirmou, em todo o globo existem manifestações racistas, umas mais explícitas, outras mais disfarçadas. Contudo, da mesma forma abomináveis. O holocausto Alemão é um terrível exemplo disso. Pretendia Adolf Hitler, no auge da sua diabólica “inspiração”, criar uma raça pura ariana, entendida como o homem branco alemão. Para ele (Hitler), o povo judeu ameaçava a depuração do alemão ariano. A idéia fundamental do nazismo era expressa na frase: *ein Volk, ein Reich, ein Führer* (um povo, uma nação, um chefe). Logicamente ele seria o “grande chefe ariano”, puro, sem mácula.

Milhões de judeus sofreram tortura e foram mortos em campos de concentração sob o argumento de que constituíam uma raça impura. Não somente eles, mas, também, os ciganos, os eslavos e os homossexuais.

Segundo Cláudio Vicentino, *in* História Geral (2006, p. 397), Hitler afirmava na sua época que tudo o “*que hoje se apresenta a nós em matéria de cultura humana, de resultados colhidos no terreno da arte, da ciência e da técnica, é quase que exclusivamente produto da criação do Ariano.*”

O que não dizer também da América, mais

precisamente os EUA, que têm uma tradição racista, desta feita, basicamente contra o negro. Houve época naquele país em que o negro não podia estudar, não podia freqüentar os mesmos locais que os brancos, viajar nos mesmos transportes públicos. Uma das maiores formas de segregação racial de todos os tempos.

Segundo as palavras de Roberta Fragoso Kaufmann, Procuradora do Distrito Federal, em entrevista a revista Consultor Jurídico, (2007, *on line*):

“Nos Estados Unidos houve a instituição de uma política pública oficial de segregação. Todos os níveis do governo fomentavam a exclusão dos negros. Essa política racial foi sustentada por decisões da Suprema Corte e também por leis editadas pelo Governo. Ou seja, o problema de integração do negro à sociedade americana não foi apenas uma herança perversa da escravidão, mas, sobretudo, consequência do racismo institucionalizado proporcionado pela atuação conjunta da sociedade e dos poderes que compunham o governo.

Caso interessante foi quando da decisão judicial que determinou a integração racial no Estado do Texas, no país ora em comento. De acordo com o relato de José Rufino dos Santos, *in* O que é racismo, o mundo inteiro voltou sua atenção para o primeiro dia de aula da pequena aluna negra chamada Judith. O que era pra ser um dia glorioso para aquela jovem, um marco também na história dos EUA, transformou-se na face exposta e miserável do racismo.

Conforme relata o autor (1991, pp. 7 e 8):

“Não foi comum seu primeiro dia de aula. Nenhuma criança branca comparecera, de forma que a professora, sem saber onde por as mãos, ensinou tudo sozinha para ela – e, na verdade, para centenas de soldados que do lado de fora garantiam sua integridade.

(...)

Meio-dia, quando guardou seus pertences para voltar a casa, já não se sentia nada contente. As duas fileiras de soldados faziam um corredor para ela passar. Por detrás deles apareceram, então, centenas de carinhas brancas – xingando, vaiando, cuspiendo. Havia adultos também, mas Judith não quis olhar ninguém.

Esse lamentável fato aconteceu na década de 60. Hoje os tempos são outros. Todavia, ainda existe o racismo enrustido entre os americanos, fazendo-se necessário, naquele país, ações afirmativas de proteção ao negro.

Por último (não se tem a pretensão de no presente trabalho esgotar todo o contexto global), cita-se o não menos nefasto *apartheid* na África do Sul, capaz de, nos idos de 1970, mandar para a cadeia uma patroa branca tão somente porque abrigou sua empregada negra, deixando-a dormir nos quartos dos fundos. Esse é o racismo/segregação. O *apartheid* foi e ainda é repudiado pelas mais importantes organizações democráticas do planeta, tais como o Conselho Nacional Africano, a Anistia Internacional, a

Organização das Nações Unidas, etc...

Um exemplo de luta e coragem foi o do grande líder negro africano Nelson Mandela. Como estudante de direito, se envolveu na luta contra o mencionado regime. Como resultado foi preso em 1962, retornando à prisão em 1964 onde permaneceu até 1990. Porém, sua prisão longe de enfraquecer seus seguidores, fê-los mais fortes, aumentando a pressão pela libertação de seu líder, pressão essa elevada a nível mundial, culminando na libertação de Mandela.

Após a libertação foi agraciado com o Prêmio Nobel da Paz pela sua notável contribuição em favor da união dos povos de todas as cores, de todas as classes.

1.2. O caso brasileiro

No Brasil, como já afirmado, existem manifestações racistas, porém, nunca houve qualquer limitação ao acesso das pessoas ao exercício de direitos por causa da raça. Nesse diapasão veja-se o que continua discorrendo Roberta Fragoso (2007, *on line*):

Aqui a exclusão dos direitos é em relação à pobreza. Os que não tem acesso à universidade são as pessoas pobres, que não conseguem pagar boas escolas para ter a qualificação necessária para passar no vestibular. Se analisarmos a história do nosso país, o rei Dom João V, em 1731, deu o cargo de procurador-geral da Coroa a um negro. Dizia que ser negro não era impedimento para uma pessoa

assumir o cargo. No século XVII, o negro e ex-escravo Henrique Dias condecorado com o posto de herói da pátria. Não são poucos os negros que conseguiram ter ascensão social e atingir cargos de prestígio: Machado de Assis, Lima Barreto, José do Patrocínio, Conselheiro Rebouças, Tobias Barreto, dentre tantos outros. (...)

Isso significa que aqui ser negro, isoladamente, não é fator para não ter acesso a bens e direitos. (Grifou-se).

É bem verdade que os negros trazidos à força para o Brasil, ajudaram a formar o povo desta nação. Outros povos vieram (italianos, holandeses, japoneses, etc), não como escravos, mas, para labuta. Não é de se esquecer também os descobridores portugueses. E dos nativos indígenas. Toda essa gama de diferentes “raças” causaram uma miscigenação tamanha que hoje é impossível saber, olhando o exterior do indivíduo, se ele tem ascendência negra, européia ou asiática.

Por isso não existe raça pura. E nesse contexto o sistema de cotas baseado na raça perde sua força. Porque ou separamos as raças, causando, assim, uma segregação “ariana”, o que seria o sonho de Hitler; ou aceitamos a integração e instituímos cotas pelo critério econômico.

A abalizar o que ora se afirma, a integração racial, transcreve-se o que afirma Newton Freire Maia, *in* Brasil: laboratório racial (1987, P. 23):

“Há, entre nós, uma tendência generalizada para aceitar a tese

simplicista de que somos oriundos de três 'raças' – o índio, o branco e o negro -, assim esquecendo que, na realidade, a atual população brasileira descende de dezenas ou mesmo centenas de raças ameríndias, européias, africanas e asiáticas. E que todas essas raças resultaram de maior ou menor miscigenação entre muitas outras, ao longo dos seus respectivos períodos formativos.

Embora a situação do negro no Brasil seja bastante precária, vê-se que a raiz do problema é econômica, oriunda da época da libertação dos escravos. Estes foram libertos, mas não tiveram emprego para sua sobrevivência. E daí se originou a chamada dívida social que o país não tem como pagar, a não ser infringindo direito subjetivo das demais parcelas da sociedade.

2. Sistema de cotas para negros e pardos nas universidades brasileiras.

“No processo de consecução de nosso legítimo lugar, precisamos não ser culpados de atos errados. Não procuremos satisfazer a nossa sede de liberdade bebendo na taça da amargura e do ódio. Precisamos conduzir nossa luta, para sempre, no alto plano da dignidade e da disciplina. Precisamos não permitir que nosso protesto criativo gere violência físicas.”

Martin Luther King Jr.

O sistema de cotas vem causando acaloradas discussões, não só no âmbito político, mas, em todos os ramos da sociedade.

Enquanto a celeuma não é resolvida pelo Congresso Nacional, o debate se arrasta, causando uma espécie de segregação racial “antecipada” e muito prejudicial à integração nacional.

2. 1. *Surgimento*

O assunto veio à baila com o advento do projeto de lei 3.627/2004, que institui, nas Universidades Públicas Federais, as cotas para egressos de escolas públicas, mas, principalmente, para negros e pardos.

Alguns estados da Federação já instituíram o sistema de cotas em suas universidades, como é o caso do Rio de Janeiro, causando verdadeiras aberrações: quem se declarou negro ou pardo obteve sucesso no vestibular, mesmo com médias baixas, em detrimento de quem se declarou branco, estes com médias elevadíssimas. Neste último caso, mesmo obtendo uma das maiores pontuações, o candidato foi preterido. Seu único erro foi ser branco. Vítima, no contexto, de um apartheid social.

Essa situação esdrúxula apenas aponta a falha no modelo segregacional que se tenta implantar no país, ferindo princípios constitucionais moldados além dos séculos.

2. 2. *Princípios constitucionais invocados*

Para de aprofundar no tema mister se faz o estudo dos princípios invocados para fundamentar o sistema de cotas nas universidades públicas. Socorrem-se, os defensores dessa prática, aos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, conforme agora discorre-se.

2.2.1. Princípio da isonomia

É sabido que o Princípio da isonomia significa tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida da sua desigualdade. A Constituição Federal de 1988 agasalha referido princípio relativamente à lei “*todos são iguais perante a lei*”, porém, como afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in* Curso de Direito Constitucional (2007, p. 148):

“De qualquer forma, para que se tenha relevo nos regimes democráticos, vale lembrar, como Forsthoff, que o Tribunal Constitucional da Alemanha, repetidas vezes, afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem um caráter **suprapositivo**, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado.” (Grifou-se).

Ainda, de acordo com a Lei Maior, mormente em seu art. 208, *caput*, e inciso “V” transcritos *in verbis*:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, **segundo a capacidade de cada um**. (Grifou-se).

Nesse diapasão é forçoso admitir que a capacidade de cada um não se encontra na cor da sua pele e sim, na oportunidade que teve na vida, oportunidade para se desenvolver e estudar. Oportunidade financeira, essa sim, a forma legítima de se basear o sistema de cotas.

No Brasil, é mínima a população que tem oportunidade de estudar em uma escola particular que propicie aprendizagem capaz de fazer o indivíduo se submeter e conseguir aprovação nas universidades públicas.

Muitas são as pessoas que cursam escolas públicas vítimas de descaso. Professores mal remunerados e mal preparados para assumir a sublime função de transmitir conhecimentos. Escolas que, pasmem, somente nos últimos dez anos é que “arranjaram” professores para ministrar disciplinas mais complexas, tais como física, química e biologia. Língua estrangeira, nem pensar. Até pouco tempo atrás, em alguns estabelecimentos de ensino público, somente se ministrava o básico em português, matemática, história, geografia e ciências.

Como esperar que os alunos egressos de tais estabelecimentos concorram em níveis de igualdade com os mais afortunados?

E esses esquecidos, repita-se, são brancos (em sua maioria), negros, pardos, cafusos, mamelucos, ou qualquer outra “raça” originária da mestiçagem brasileira.

Se é assim, as cotas deveriam ser por critérios bem mais justos e objetivos. Cotas para aqueles que não tiveram como desenvolver seu próprio raciocínio, mas, mesmo assim, são perfeitamente capazes de concluir com brilhantismo um curso superior. Verão disciplinas desde o seu nascedouro. O que deveriam ter visto desde o pré-escolar.

Nas brilhantes palavras de Alexandre de Moraes, *in* Direito Constitucional (2003, p. 65):

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situação em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, **raça**, classe social.” (Grifou-se).

E continua discorrendo que “...o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor. (p. 65).

Dentre os que defendem as cotas baseando-se na igualdade, encontra-se o sociólogo Sérgio Domingues, que publicou eloqüente defesa na Revista Espaço Acadêmico, (2003, *on line*):

“Outra crítica comum é a da injustiça. Um exemplo muito citado pela grande imprensa mostra duas candidatas que estudam na mesma escola particular. Uma é negra, a outra branca. A de ascendência negra passou no

vestibular **devido às cotas**, a outra não. Essa seria segundo alguns juristas uma situação ‘de violação do princípio da igualdade de condições’. O problema é que o exemplo utilizado é um caso raro. A população negra representa quase a metade do total da sociedade. Mas quando se analisa o **1,7 milhão de brasileiros com maior renda**, os negros são apenas 10%. Negro de classe média, portanto, é minoria. Usar um caso raro para desqualificar uma lei é querer fazer imperar a exceção no lugar da regra.” (Grifou-se).

A lei em referência no artigo trata-se da lei estadual promulgada no Estado do Rio de Janeiro, a qual obrigou sua Universidade Estadual a reservar vagas para negros a partir do ano letivo de 2003.

Analisando-se, porém, a passagem em epígrafe, chega-se novamente ao cerne da questão: a renda, conforme mesmo afirma o sociólogo. Então se pergunta: a questão é realmente racial ou é econômica? Parece ser um caso muito mais econômico.

Então, pelo que se denota, não há como respaldar o sistema de cotas no princípio ora em comento, sob pena de se gerar uma segregação racial no seio das universidades, e até na própria sociedade, através da revolta daqueles que, pela pobreza material e por serem “brancos”, jamais poderão ter uma carreira com título acadêmico.

2.2.2. Princípio da proporcionalidade

Proporção, segundo o Dicionário Universal (2008),

significa relação de uma coisa com outra ou um todo; igualdade entre duas razões; relação entre as qualidades de um objeto, no que respeita à dimensão, tamanho, configuração e simetria, tendo em conta uma hipotética harmonia que existe, ou deve existir, entre elas.

O princípio da proporcionalidade consubstancia-se num postulado geral do estado de direito. Tudo que for inadequado ou desnecessário causa lesão a esse princípio. Deve está presente em todas as relações entre indivíduo e Estado. Inclusive, conforme observa Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 317) *tem-se enfatizado, portanto, entre nós, que o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais.*

Segundo Canotilho, citado por Roberta Pappen da Silva (2005, *on line*):

“a consagração expressa do chamado princípio da proporcionalidade “proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais”.

(...)

“os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Resta saber se a aplicação do sistema de cotas consubstancia-se num mínimo necessário quando restringe o direito de indivíduos que não possuam determinada cor de pele, o acesso às universidades públicas.

Daqui a pouco será necessária uma universidade para cada “raça”, pois, certamente, da forma como agora está sendo pensado, causará um desconforto de forma reversa. Os que antes brincavam juntos, estudavam juntos, conviviam harmonicamente, passarão a se digladiar por conta de uma oportunidade na vida que vai depender da sua cor de pele.

2. 3. *Ofensa aos princípios invocados*

As diversas leis estaduais que instituem o sistema de cotas devem, obrigatoriamente, guardar sintonia com o texto constitucional da República, observando a proporcionalidade, que se revela, no presente estudo, na irrazoabilidade ou inadequação de um meio para atingir um fim, melhor dizendo, as cotas, da forma que ora se combate, são um meio de pagamento de dívida social, e, em assim sendo, afrontam à proporcionalidade, pois limita o direito daqueles não contemplados.

Com relação à igualdade, nem de longe se pode conceber que tratar negros e brancos de forma distintas, consubstancia-se num meio de equilíbrio, até porque, não há desigualdade, repita-se, entre eles. Desigualdade há sim, sem sombra de dúvidas, entre pessoas que estudaram em boas escolas e pessoas que estudaram em péssimas escolas, sem compromisso com o ensino.

3. Da (in)constitucionalidade do sistema de cotas

“(…) a maravilhosa e nova combatividade que engolfou a comunidade negra não deve levar-nos à desconfiança de todas as pessoas brancas. Isto porque muitos de nossos irmãos brancos, como está evidenciado em sua presença hoje

aqui, vieram a compreender que seu destino está ligado a nosso destino. E vieram a compreender que sua liberdade está inextricavelmente unida a nossa liberdade. Não podemos caminhar sozinhos. E quando caminhamos, precisamos assumir o compromisso de que sempre iremos adiante. Não podemos voltar.”

Martin Luther King Jr

Como já dito, ao ferir de morte princípios agasalhados na Constituição Federal, torna-se flagrante a inconstitucionalidade traduzida na segregação oriunda do embasamento na cor da pele do indivíduo para que ele possa ou não, adentrar numa universidade pública. Isso por falta de critérios lógicos.

Atualmente o critério utilizado é o conhecimento, este por sua vez, oriundo da perseverança e de boas escolas. Por boas escolas, entenda-se, aquelas comprometidas com a qualidade do ensino.

Para o Procurador Federal Pierre Souto C. de Amorim (2004, *on line*):

“(...) Temos como principais argumentos a favor da implantação do sistema de reserva de vagas nos concursos públicos e nos vestibulares das faculdades públicas, o débito estatal em relação à forma de recolocação social dos negros na fase de pós-libertação, o princípio da igualdade, em sua acepção material, e a possibilidade da instituição de

políticas compensatórias, albergadas pela Constituição da República.”

Por seu turno Zanitelli (2005, *on line*), percorrendo acerca de possível mudança nos critérios de ingresso nas universidades, sejam elas públicas ou particulares:

“Reconhecido algum propósito valioso capaz de ser atingido com a reserva de vagas para negros em Universidades, é pouco provável que os custos criados pela imposição dessa medida sejam superiores aos ganhos daí advindos. Apesar da miscigenação brasileira, ainda é muito mais fácil classificar alguém entre nós como negro, do que avaliar, por exemplo, sua perseverança ou generosidade.

(...)

Trata-se, agora, de examinar se, entre os fatores para o ingresso na Universidade, deve ou pode estar, além da aptidão intelectual, a raça do candidato.

(...)

Se a espécie de igualdade material invocada em favor das cotas para negros nas Universidades for entendida como igualdade de participação (isto é, proporcional à população) dos vários grupos raciais nos cursos de ensino superior, essas cotas não poderão se considerar justificadas. **Isso porque a**

separação de seres humanos em grupos de acordo com a raça é arbitrária, tal como seria a que tivesse por base qualquer outra característica de origem genética, como sexo, estatura ou cor dos olhos.”

3. 1. Discriminação explícita na seleção baseada em critérios subjetivos

Ainda, no dizer de Zanitelli (2005, *on line*), “*não somos merecedores de algo, em nenhum sentido moralmente relevante, apenas em razão de nossa disposição genética.*”

O pior de toda a confusa seleção para as universidades seria o critério subjetivo, ou seja, cada indivíduo se declara negro, pardo, indígena ou branco. Sem nenhuma base científica. No Paraná ocorreu um caso interessante noticiado nos jornais: uma comissão chegou ao veredicto de que determinado candidato, não se enquadrava como um afro descendente. O Tribunal Federal daquela região, por outro lado, determinou a matrícula do vestibulando considerando que se trata realmente de candidato negro.

Ora, como é que essa comissão ou o próprio Tribunal avaliou se o candidato é ou não afro descendente? É de se pasmar, mas, foi apenas olhando sua aparência.

O certo é que não há como fazer escolhas aleatoriamente num caso tão sério. Não se pode, num país miscigenado como o Brasil, fazer uma seleção de forma subjetiva, apenas olhando ou apenas aceitando a cor que o candidato afirma ter. É um absurdo sem precedentes essa forma de ingresso nas universidades, mesmo submetendo-se ao tradicional vestibular. O que vai prevalecer, na realidade, não é o preparo intelectual do candidato, mas a sua “cor”. Essa forma de agir traduz-se em discriminação, sem qualquer sombra de dúvida.

A única raça existente no Brasil, repita-se, é a brasileira, formada pela miscigenação de muitos povos. Por exemplo, a ginasta Daiane dos Santos que, embora tenha aparência negra, tem mais ascendência européia do que africana. E aí pergunta-se: é correto considerá-la européia ou africana? Se for africana terá direito as cotas, se européia não terá. Torna-se, portanto, um contrasenso, o aludido subjetivismo.

3. 2. *Inexistência de critério objetivo para a definição do conceito de raça*

A lei “criadora” do sistema de cotas teria que dizer especificamente, em termos objetivos, o que é ser negro. Da mesma forma como a lei civil define uma obrigação ou a lei penal define uma sanção. Não é rigor científico, é questão de justiça, de bom senso.

Porém, como não há base científica para se separar as raças, não há como se chegar a essa objetividade que minimizaria, decerto, a segregação fatalmente criada com as cotas.

Aliá, como bem observa Newton Freire, *in* Brasil: laboratório racial (1987, p. 29):

“Hitler mentiu aos alemães: não há raças puras, todas as raças são heterogêneas pela própria dinâmica do mecanismo hereditário e pelas miscigenações sucessivas sofridas durante séculos e milênios. Só há uma humanidade.

(...)

A rigor, e sob o ponto de vista estritamente científico, no entanto, o conceito de <<raça pura>> simplesmente não tem sentido.”

Conclusão

Minha luta é por uma “sociedade democrática livre onde todas as pessoas de todas as raças vivam juntas em harmonia e com oportunidades iguais”.

Nelson Mandela.

Como afirma Nelson Mandela, todas as pessoas de todas as raças merecem oportunidades iguais. O negro merece frequentar universidades, assim como o índio, o branco, ou seja lá de que cor a pessoa se considere. Oportunidades iguais para pessoas iguais. O que deve ser diferida é a origem escolar: se de escolas públicas ou privadas. Essa sim, uma terrível problemática que separa, que segrega, que destrói.

Um negro rico, mesmo existindo poucos, é bem verdade, tem mais chances do que um branco pobre que sempre frequentou escolas de ensino ineficaz.

Aliás, no Brasil, a pobreza é a regra. A falta de conhecimento suficiente para enfrentar os atuais vestibulares é a regra. A falta de políticas públicas para resolver essa questão é a regra. A injustiça social é a regra.

Contudo, esse quadro justificaria apenas a segregação originada pela situação econômica dos brasileiros, e, não, a segregação racial. Essa, consubstancia-se num retrocesso social que não resolve o pagamento da dívida para com os povos considerados afrodescendentes. Não resolve a crueldade da escravidão, nem a torpeza do racismo.

A verdade é que dívida para com o negro é impagável, quiçá, imperdoável. Porém, um erro não justifica o outro. A criação do sistema de cotas gerará também uma dívida, desta feita, para com o que sobrar da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Sistema de cotas*. Disponível em <www.prpe.mpf.gov.br>. Acesso em 08/04/2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, org. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2005.

DOMINGUES, Sérgio. Cotas nas universidades: sobre racismo enrustido e a exceção no lugar da regra. **Revista Espaço Acadêmico**, Rio de Janeiro, nº 26, Ano III, Julho 2003. Disponível em <www.pp.verj.net.com.br>. Acesso em 20/02/2009.

JAMES M., Jones. *Racismo e Preconceito*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora da Universidade, 1973.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. *Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Disponível em <www.conjur.com.br> Acesso em 20/02/2009.

MAIA, Newton Freire. *Brasil: laboratório racial*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

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

SANTOS, José Rufino dos. *O que é Racismo*. 14ª ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1991.

SILVA, Roberta Pappen da. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6198>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

UNIVERSAL. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Texto Editores, 2008;

VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. Ed. Atualizada. São Paulo: Scipione, 2006.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Acesso à Universidade, cotas para negros e o projeto de lei nº 3.627/2004*. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 01/02/2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PÚBLICOS

Ana Virgínia da Silva

*Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza
Analista Judiciário Adjunto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar a responsabilidade civil dos hospitais públicos, como pessoas jurídicas de direito público. Partindo do princípio de que a proteção da saúde é dever do Estado, exercida na forma de descentralização do serviço público através do Sistema Único de Saúde - SUS, o trabalho é desenvolvido tomando por base a atuação estatal e sua responsabilidade sob aspectos gerais como prestador de serviços de saúde, abordando as teorias dos riscos administrativo e integral. A responsabilidade estatal é consequência da submissão do Poder Público à regra do art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, visto que guarnecem de base para a atividade administrativa a obediência aos princípios da legalidade, moralidade, finalidade e igualdade, a fim de eventual dano provocado pela Administração, onerar os cofres públicos. Debate-se se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável na prestação de serviços hospitalar público, culminando especificamente na dos hospitais e suas excludentes e, finalmente, como e em quais condições o usuário desse serviço pode discutir seus direitos em juízo.

PALAVRAS-CHAVES: Estado. Saúde. Responsabilidade. Hospitais. Infecções hospitalares.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the liability of public hospitals, as legal persons of public law. Assuming that the protection of health is the duty of the State, exercised

in the form of decentralization of public services through the Unified Health System - SUS, the work is developed based on the actions state and its responsibility as a general service health services, addressing the theories of risk and full administrative. The state responsibility is a consequence of the government's submission to the rule of art. 37, paragraph 6 of the Constitution of 1988, as trim as a basis for the administrative activity to obedience to the principles of legality, morality, purpose and equal to any damage caused by the administration, charge the public coffers. Debate whether the Consumer Defense Code (Law 8078/90) applies to the provision of public hospital services, specifically in leading hospitals and their exclusionary and, finally, how and under what conditions the user of this service may discuss their rights in court.

KEY-WORDS: State. Health. Responsibility. Hospitals. Hospital Infections.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil do Estado com prestador de serviços públicos de saúde. 3. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relação ao serviço hospitalar público. 3.1 O Estado como fornecedor de serviços hospitalares. 3.2. Paciente como consumidor. 3.3 Paciente como consumidor. 4. Responsabilidade civil dos hospitais. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 consubstanciou a saúde entre os direitos sociais, reconhecendo-a como um direito de cidadania estendido a todos o brasileiros, de modo que cabe ao Poder Público fornecer, gratuitamente, às

pessoas necessitadas, que por sua vez têm o direito de exigir do ente estatal a adoção de medidas de tratamento adequado e eficaz.

Impende observar que a saúde pública está inserida nos serviços sociais executados pelo Estado, considerados de utilidade pública, que se destinam diretamente aos indivíduos. A competência desses serviços está inserida no princípio constitucional do artigo 23 que estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

A saúde é um direito do cidadão conforme preconizado na Constituição Federal, cujo objetivo é manter seu estado de bem-estar físico, mental e social. As ações e os serviços de saúde passaram a constituir o Sistema Único de Saúde – SUS, para servir ao cidadão, seja no Estado ou no município, com a participação da comunidade na fiscalização da qualidade dos serviços prestados a qualquer usuário.

Com a promulgação da Constituição de 1988, consolidou-se os postulados da responsabilidade civil da Administração Pública. À luz do direito vigente, em especial o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e hoje, do Novo Código Civil, artigo 43, é de se reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, que se traduz na imposição à Fazenda Pública da obrigação de compor os danos causados a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas funções, assegurado o direito de regresso.

Esta responsabilidade não é, contudo, absoluta, vigendo a teoria do risco administrativo em contraposição à teoria do risco integral. Isto se deve ao fato de que há circunstâncias nas quais o reconhecimento de uma responsabilidade integral, ao argumento da repartição dos

ônus pela atividade administrativa, implicaria fonte de iniquidades, como nos casos de culpa exclusiva da vítima ou eventos imprevisíveis, traduzidos como caso fortuito ou força maior.

Este trabalho almeja apresentar os principais aspectos concernentes à responsabilidade civil dos hospitais públicos, notadamente do Estado no evolver de suas funções sociais no campo da prestação dos serviços de saúde pública. A potencialidade danosa do agente público no exercício de uma função estatal. O tema do caos na saúde pública brasileira é muito debatido e constantemente é notícia.

Tem-se como objetivo geral, analisar em quais circunstâncias os hospitais públicos se responsabilizam, diante dos atos lícitos ou ilícitos, omissivos ou comissivos, imputáveis aos agentes públicos nos exercício de suas funções de médicos, assistentes, administração e direção clínica e, pela deficiência dos serviços hospitalares, com base em fundamentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos, bem como a relação desses serviços à luz do Código de Defesa do Consumidor, indicando quem pode pleitear o ressarcimento civil pelos danos sofridos. Procurou-se verificar no decorrer da pesquisa os seguintes questionamentos: na área de saúde, a prestação de serviços por hospitais públicos deve ser analisada sob qual critério de responsabilidade; com advento do CDC, a responsabilidade dos hospitais e casas de saúde públicos, se submete às suas regras ou à Constituição Federal; como se dá a responsabilidade dos hospitais quando são forçados a atender ordens judiciais quando não há capacidade técnica e material?

Em relação aos aspectos metodológicos, o trabalho foi desenvolvido através de um estudo descritivo-analítico, por meio de pesquisa bibliográfica em livros, revistas, publicações, imprensa escrita e artigos oficiais na internet e

documental. No que tange à tipologia da pesquisa, é pura, visto ser efetivada com escopo de aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição. A abordagem é qualitativa, objetivando aprofundar as ações e relações humanas. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, abordando sua natureza e suas características, e explicatória, procurando aprimorar, buscando maiores informações sobre o tema em debate.

Assim sendo, esse trabalho aborda o tema da saúde no Brasil e o dever do Estado pela sua prestação e assistência, dentre os direitos sociais, como mandamento constitucional e sua conseqüente responsabilidade pelos danos ocasionados a terceiros, especificamente, nos hospitais da rede pública da União, Estados e Municípios, e como restabelece, tanto à vítima quanto ao Estado, o *stato quo ante* da situação decorrente do ato lícito ou ilícito ou pela ação ou omissão dos agentes públicos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Em se tratando de uma sociedade organizada sob o primado do Estado Democrático de Direito, não há de que cogitar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, legalmente constituídos como pessoas jurídicas de direito público, não respondam pelos atos constitutivos de danos causados pelos seus agentes, cabendo-lhes, em conseqüência, reparar o dano, independentemente das sanções civis, penais e administrativas que o autor do ato ilícito venha a sofrer. Essa regra está contida no 43 do Código Civil, “as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por

parte destes, culpa ou dolo”

Consoante Sebastião (2003, p. 30) “a noção de responsabilidade nasce do dever de responder pelos prejuízos (danos) causados por alguém contra outrem, direta ou indiretamente”.

A doutrina da responsabilidade do Estado evoluiu da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa e desta para a responsabilidade sem culpa. A teoria da irresponsabilidade vigorou por um longo lapso temporal, impondo aos próprios particulares lesados suportarem aos prejuízos sofridos. Na época do Estado liberal manteve-se a irresponsabilidade do Poder Público, admitindo, no entanto, as responsabilidades dos seus agentes, acaso praticassem atos culposos.

A idéia de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de ocasionar danos e ser responsável, foi substituída pela do Estado de Direito. Nesse sentido, define Trujillo (1996, p. 55) a responsabilidade do Estado evoluiu da absoluta irresponsabilidade para a imputação com fundamento da culpa e posteriormente no risco, tornando-se a relação causal deste instituto, essencialmente objetiva.

A teoria “*Faute du service*” foi o vínculo que determinou a saída da responsabilidade subjetiva do Estado para a responsabilidade objetiva. Por esta teoria exclui a figura do agente e considera somente o serviço, de modo que o Estado seria responsável, independentemente de culpa de seu agente, pelo prejuízo sofrido por um particular devido à inexistência do serviço público, a seu mau funcionamento ou retardamento. Passou-se, portanto, a serem utilizados os termos “culpa do serviço” ou “falha do serviço”, e a ser necessário apenas comprovar a ausência do serviço devido ou que seu funcionamento deu-se de forma inadequada, ou,

ainda, que tardou mais do que deveria (morosidade), para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados.

Ainda nesse sentido na expressão de Meireles (2001, p. 609-610), “a doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade civilista e desta para a fase da responsabilidade pública”.

Desde a Constituição de 1824 já se falava da responsabilidade do funcionário público, nas de 1834 e de 1937 pregavam a responsabilidade solidária do Estado e do servidor público. A partir da Constituição de 1946 mudou a regra que passou a ser objetiva, evoluindo até o conceito constitucional vigente esculpido no art. 37, § 6º da Constituição de 1988, ao determinar que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo, ou culpa”

Para que se configure a responsabilidade objetiva do Estado é curial que o causador seja agente público agindo nessa qualidade, pois se o dano é ocasionado por quem não preenche essa condição, o Estado não é responsabilizado. Como lembra Coelho (2004, p.370) “a responsabilidade do Estado pelos danos causados por atos ou omissões de seus agentes, nesta qualidade, é objetiva. Desse modo, toda a sociedade arca com o custo da realização do interesse público”. O mesmo pensamento é de Mello (2002, p. 857) “no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema”.

A teoria da culpa administrativa marca a transição entre

a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo. Nesta teoria a responsabilidade da administração pública baseia-se na falta do serviço e desse modo requer, por parte de quem sofreu o dano, comprove além da lesão sofrida, a falta do serviço.

Enquanto isso, a teoria do risco administrativo fundamenta-se no risco que a atividade pública possa vir a ocasionar para sociedade em geral. Ao contrário da teoria da culpa administrativa, não se exige a comprovação da falta do serviço, mas tão somente o fato do serviço. Entretanto, por essa teoria não significa que o Estado deva reparar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular, significa que a vítima fica dispensada de comprovar a culpa da administração, facultando-lhe ao Estado demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, eximindo-se, assim, integral ou parcial da reparação. No nosso ordenamento a regra é a do risco administrativo.

Para a teoria, bastará à vítima provar a existência do nexo causal entre um dano e uma ação ou omissão imputável aos agentes públicos para que esteja caracterizada a obrigação do Estado indenizar. A maioria dos nossos juristas reconhece hoje, sem maiores dificuldades, que a responsabilidade patrimonial do Estado, seja por ação ou omissão de seus agentes, se dá em regra pela teoria objetiva do risco administrativo e somente por exceção pela teoria do risco integral.

A teoria do risco integral configura a maneira extremada e radical que sofreria o Estado na obrigação de reparar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que estes tenham dado causa ao ato lesivo. Por ser considerada abusiva e radical, não foi acolhida pelo nosso sistema, consagrando-se as modalidades do risco administrativo e integral para aferição da teoria objetiva disposta no texto constitucional. Excetuam-se os casos de dano ambiental,

erro jurídico e guarda de material nuclear, em que o Estado responde por risco integral.

O risco social ou dever de amparo é o cerne da responsabilidade do Estado, onde prevalece o princípio da solidariedade social. Esse amparo social, realizado diretamente pelo Estado ou mediante delegação, reserva-se à proteção das pessoas carentes, necessitadas e incapazes e está legalmente disposto, dentre outros, nos arts. 1º, III, 3º, I, 4º, X, 196 a 204, 230 e 245, todos da CF/88.

A modalidade de responsabilidade pelo risco social é considerada como uma terceira categoria jurídica, para proteção da pessoa humana, que vai além da responsabilidade subjetiva (dolo e/ou culpa *stricto sensu*) e da responsabilidade objetiva (esta pelas modalidades de culpa presumida e de responsabilidade sem culpa). Nesta categoria de responsabilidade, ao contrário destas, despreza-se o nexo causal entre o fato gerador e o dano sofrido. Pode-se citar como exemplo da proteção à infância desvalida, ao doente incapaz, ao acidentado no trabalho, ao acidentado no trânsito, do amparo à velhice, do seguro desemprego etc.

A partir da atual Constituição da República, várias iniciativas institucionais, legais e comunitárias foram criando as condições de viabilização plena do direito à saúde, a qual inscreveu e consolidou a saúde entre os direitos sociais, reconhecendo-a como um direito de cidadania estendido a todas as pessoas necessitadas, em seu art. 6º, *caput*: “Art.6º: São direitos sociais, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

O artigo 194 da Constituição Federal conceitua a seguridade social, abrangendo ações para assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, e o

artigo 195 do texto constitucional estabelece a forma de financiamento da seguridade social, mediante recursos oriundos dos três entes federativos, efetivando a cooperação financeira para garantia do direito à saúde.

Ainda no artigo 196 da nossa Constituição Federal é contundente: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Não deixa, pois, dúvida, o caráter de serviço público, mesmo que delegado, da atividade de prestação de serviços hospitalares.

Por serviço público, é o conceito de Meireles (2001, p. 311) “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

A responsabilidade civil do Estado se fundamenta nos princípios infraconstitucionais da supremacia do interesse público, da tutela e autotutela, razoabilidade, proporcionalidade e na equidade – princípio de justiça social – privilegiando, mediante políticas sociais, os segmentos populacionais desfavorecidos socio-economicamente, obrigando-o a ter relação com todos a fim de não romper com a isonomia.

Como escreve Silva (1997, p. 761), “a saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”.

Na área da saúde, em especial, as atividades estatais estão relacionadas, essencialmente com a atuação do Estado Social, objetivando a viabilização dos custos destinando-se necessariamente à realização do interesse

público o maior da responsabilidade do Estado. Esses ideais foram transformados, na Carta Magna, em direito à saúde, o que significa que cada um e todos os brasileiros devem construir e usufruir de políticas públicas - econômicas e sociais - que reduzam riscos e agravos à saúde

A atividade essencial do Estado no âmbito da saúde é exercida de forma de descentralização do serviço público através do SUS – Sistema Único de Saúde, criado pela Lei Orgânica da Saúde n.º 8080/90 com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à Saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo proibidas cobranças de dinheiro sob qualquer argumento. Tem por princípios, dentre eles: universalidade de cobertura com atendimento integral e gratuito; hierarquização entre as ações de saúde da União, dos Estados e dos Municípios; participação complementar do setor privado na oferta de serviços; prioridade para as atividades preventivas e controle social através dos Conselhos de Saúde e participação da comunidade.

Do Sistema Único de Saúde fazem parte os centros e postos de saúde, hospitais - incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros (bancos de sangue), além de fundações e institutos de pesquisa, como a FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Vital Brasil. Através do Sistema Único de Saúde, todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS, sejam públicas (da esfera municipal, estadual e federal), ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde. Todos os serviços do SUS são financiados pela população brasileira através do pagamento de impostos e contribuições sociais, a cargo dos três níveis de Estado, como maior ênfase da União. A responsabilidade pela sua administração geral é de atribuição do Ministério da Saúde.

Por dano entende-se como sendo um prejuízo de ordem moral (ofensa aos direitos da personalidade) ou patrimonial, também dito material (dano emergente, lucro cessante), causado a alguém pela deterioração ou danificação de seus bens ou ofensa pessoal. No caso do dano material, quando não possibilidade de retornar ao *statu quo ante*, a indenização se efetiva pelo equivalente em pecúnia, enquanto o dano moral, se compensa com o *quantum* mais ou menos aleatório ou convencionado.

O Estado no exercício da administração, como prestador de serviços à sociedade em geral, através de seus agentes ou delegados, pode, eventualmente, causar dano à alguém e, assim o fazendo responde objetivamente. Vale ressaltar que nem todo dano relacionado ao comportamento comissivos ou omissivos do Estado dá ensejo à indenização. Para que isso ocorra é mister que o dano manifeste duas características essenciais. A uma, que o dano implique lesão ao direito juridicamente protegido pelo nosso sistema normativo. A duas, que o fato danoso seja certo, embora atual ou futuro, e não apenas eventual.

Além das condições acima expostas, para se configurar o dano em que o Estado venha a responder, exige-se ainda que àquelas se acrescentem as características da “especialidade e anormalidade”. Por especialidade, entende-se que, a partir de ato lícito do Estado ocorra um dano especial a um ou alguns indivíduos e não se difundindo para toda a Sociedade. Já pelo dano anormal, aquele que ultrapassa as simples e pequenas ofensas patrimoniais ligados ao convívio social.

O nexa causal ou relação de causalidade constitui um dos elementos essenciais e indispensáveis da responsabilidade civil e é o liame, vínculo que une a ação ao dano. Sendo assim, para que haja a obrigação de reparar o dano, curial que se faça a prova de existência de uma relação

de causa entre a ação ou omissão culposa do agente e dano sofrido pela vítima (CARVALHO FILHO, 2004). Destarte, o nexo causal é fator de relevado apreço para a atribuição de responsabilidade civil, de sorte que não se pode imputá-la se inexistir esse liame. Em algumas situações se revela de maneira nítida, porém, em outras, torna-se difícil estabelecê-lo.

3. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO AO SERVIÇO HOSPITALAR PÚBLICO.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/80 foi preparado em atenção ao preceito constitucional registrado no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, com intuito principal de propiciar um equilíbrio contratual, colocando fornecedores e consumidores em situação de igualdade. Assim, passou a garantir à parte notoriamente mais fraca da relação de consumo uma série de direitos.

Com o advento do referido código a responsabilidade civil teve uma relevada importância. Sobre esse artigo é o entendimento de Venosa (2003, p. 155): “De fato, a promulgação dessa Lei representa não só uma revolução na responsabilidade civil, mas também um divisor de águas do próprio direito brasileiro”. Houve uma inversão de papéis na relação jurídica de consumo, de modo a superar a dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual, passando a ter uma unificação de ambas. Denari assinala (2001, p. 155): “Segundo a doutrina corrente, o tratamento dado à matéria pelo Código de Defesa do Consumidor afasta a bipartição derivada do contrato ou do ato ilícito, rendendo ensejo à unificação da *summa divisio*”.

Uma discussão importante que surge é se os hospitais,

casas de saúde, clínicas e entidades semelhantes subsumem-se na disposição contida no caput do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços.

O tema é bastante debatido e com opiniões doutrinárias diversas, de maneira que requer uma análise aprofundada. Observa-se a posição dos que defendem o fundamento da responsabilidade dos hospitais de forma objetiva, caso em que se aplica o regramento do artigo 14 caput do CDC, e de outro lado os que não primam por tal posicionamento, como é o caso de Aguiar Dias, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Rui Stoco que defendem a tese que os hospitais devem responder a teor do artigo 1521, III do Código Civil, e não pela regra do Código do Consumidor (AGUIAR JÚNIOR, 1995; STOCO, 2004).

O CDC é aplicável ao atendimento de saúde, e é sabido que, tratando de serviços prestados por hospitais da rede privada, inquestionável é que a responsabilidade é classificada como contratual e, portanto, objetiva com a aplicação do art. 14 do CDC. Porém, tratando-se de hospitais públicos, a responsabilidade é apreciada em função da responsabilidade do Estado com preceito do art. 37, § 6º da Carta Maior. É o que defende Filho (2000, p 275): “se o erro ou falha médica ocorrer em hospital ou outro estabelecimento público, a responsabilidade será do Estado, com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal”.

O entendimento dos Tribunais, quer se trate de relação de consumo, ou de um serviço público, a prestação de serviços hospitalares, decorre uma responsabilização, e a estes serviços se aplicam a regra do art. 14, caput, ou seja, a responsabilidade objetiva fundada na teoria da segurança, pela qual quem presta o serviço deve fazê-lo de maneira segura o suficiente para não ocasionar prejuízos ao consumidor.

O parágrafo 2º do art. 3º do CDC conceitua serviço como sendo “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

3.1 O Estado como fornecedor de serviços hospitalares

Conforme está inserido no art. 3º do CDC, as pessoas jurídicas de Direito Público – centralizadas ou descentralizadas – podem figurar como fornecedores de serviços, de modo que podem incluir-se tanto no pólo ativo quanto passivo da relação de responsabilidade.

Nos termos do art. 22 e seu parágrafo único, quando os órgãos públicos, prestadores de serviços públicos descuidam da obrigação de presta-los de forma adequada, eficazes, seguros e contínuos, são obrigados objetivamente a reparar os danos causados.

Tratando-se de serviços hospitalares prestados pela União, Estados e Municípios em que inexistente uma contraprestação pecuniária por parte do paciente-consumidor decorrente da utilização do serviço, não há que se falar de aplicação do Código do Consumidor, conquanto o Estado nesta condição é um prestador de serviço e não um fornecedor nos termos do CDC, uma vez que a responsabilidade atribuída por estes serviços é decorrente do dever de incolumidade devido à pessoa humana instituído pela Constituição Federal, a qual assegura direito à saúde e à vida como garantia fundamental, indivisível e irretirável.

Desse modo, embora esses serviços prestados pelos hospitais sejam isentos de tarifas, ou seja, gratuitos, não retira o dever e a responsabilidade destes de assegurar o melhor e eficaz atendimento aos pacientes. A responsabilidade, neste caso, se expressa na teoria do risco administrativo

como fundamento da responsabilidade do Estado decorrente de sua atividade, portanto, será objetiva e albergada nos termos do art. 37, § 6º da Carta Magna, não se aplicando, portanto, as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um serviço público derivado de atividade essencial do Estado, almejando o bem comum.

3.2 Paciente como consumidor

Consumidor é a pessoa que adquire bens ou contrata a prestação de serviços no mercado de consumo, como destinatário final e não os utilizam como atividade lucrativa. É o que dispõe o art. 2º e seu parágrafo único do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

Tratando-se de serviços hospitalares particulares onde há uma relação contratual, e o paciente efetua uma contraprestação pecuniária pelos serviços recebidos, neste caso o paciente se coloca na condição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei 8.078/90. No entanto, em relação aos hospitais públicos onde, no meu entender, não há a relação de consumo e, conseqüentemente, inaplicação do Código de Defesa do Consumidor, o paciente é destinatário do único objetivo do Estado, através da Administração Pública, qual seja, prestação, conservação e aperfeiçoamento dos bens e serviços dirigidos à coletividade, isto é o múnus público.

3.3 O usuário do serviço hospitalar em juízo

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal prescreve: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse inciso contém o princípio constitucional de direito de ação que garante ao jurisdicionado a tutela jurisdicional adequada, assegurando

a qualquer pessoa, física ou jurídica, reclamar a defesa de seus direitos.

O art. 2º do Código de Processo Civil estabelece: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”. Ainda neste mesmo diploma legal, é o teor do art. 3º: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. No primeiro caso, trata-se do princípio da inércia que se traduz pelo fundamento de que o processo nasce pela iniciativa da parte que detenha interesse e legitimidade para propor a ação.

Interesse de agir significa dizer que é preciso que, em cada caso concreto, a prestação solicitada seja necessária e adequada. Necessária devido à impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intervenção do Estado. Adequada, isto é, deve a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.

A vítima ou pessoa por ela responsável é quem escolhe contra quem deseja entrar com a ação. Se contra o Estado, basta provar o nexó e dano causal, se for contra o agente público, a prova deve ser da culpa, dolo, causa e dano. Se preferir ajuizar a ação em desfavor de ambos, tem que provar, além do dano e nexó causal, a culpa. Neste caso, a opção não é viável, pois no mesmo processo tem dois fundamentos.

Nos termos do art. 6º do CPC: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, salvo os casos excepcionais previstos na parte final deste artigo, é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).

Como já supramencionado, a legitimidade ativa é de

quem sofre o dano, porém há casos que surge uma certa complexidade, por exemplo, quando ocorre morte. No que pertine á indenização somente moral, estabelece-se a legitimidade observando-se as regras de Direito de Família e, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito. Levando para o caso prático, ainda no exemplo da morte, não havendo ascendentes, dependentes ou sucessores, o postulante deverá provar a relação social normal de convívio para que se possa presumir a perda pela morte ocorrida. Vítima casada sem descendente e nem ascendente, a legitimidade é do cônjuge supéstitute.

Quanto à legitimidade passiva, embora haja uma pequena controvérsia, predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que no pólo passivo tanto pode figurar o Estado quanto o agente público, em litisconsórcio passivo facultativo, ou ainda apenas a Fazenda Pública, ou tão somente o servidor. Na primeira situação, não é mais viável porque na mesma demanda se discutirá a responsabilidade objetiva do Estado e a culpa do servidor, caso em que poderá haver a responsabilidade solidária ou apenas do Estado, excluindo-se a possibilidade de condenação apenas do servidor.

Propor a ação apenas contra o servidor tem sua vantagem e desvantagem, a primeira, é que acaso procedente o pedido e este (servidor) for solvente, a execução será mais simples, célere e eficiente, a segunda é que ao que executar a Fazenda Pública tem que ingressar na fila dos precatórios judiciais, obedecendo ao critério estabelecido no art. 730 do Código de Ritos, mesmo com a nova redação do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, a qual ficou definida a dispensa de expedição de precatórios para pagamentos de pequeno valor em que a Fazenda Pública deva fazer efetuar em decorrência de decisão judicial transitada em julgado.

Com o advento da produção de bens e serviços de forma descomensurada da nova realidade social e as crescentes demandas judiciais, o homem passou a ser um diminuto ser quase que indefeso, evidenciando a dificuldade ou impossibilidade da vítima provar a culpa do causador do dano, daí a impreterível e inovadora solução jurídica de inversão do ônus da prova, advinda com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

No referido código, o art. 6º dispõe: “São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Vale ressaltar que inversão fica a critério do juiz, de modo que não é absoluta, necessita que ocorra a verossimilhança ou a hipossuficiência. Hipossuficiente neste caso, não quer dizer apenas que a vítima não disponha de recursos financeiros, é no sentido de não dispõe de conhecimento técnico-científico ou de provas em que esteja na posse da parte antagônica da lide. Por exemplo, alguém que sofre uma lesão em decorrência de tratamento médico-hospitalar negligente, imprudente ou negligencioso, é sabido que uma pessoa leiga na área de medicina, não detém conhecimento compatível com o do agente provador do dano.

Como nesse trabalho a responsabilidade tratada é objetiva, como exceção da regra, em que se adota o princípio da culpa presumida ou sem culpa e ainda classificada ainda como relativa ou mitigada, ou seja, o elemento culpa é extraído, a relação aqui questionada foge ao à aplicação da inversão do ônus da prova definida no Código de Defesa do Consumidor. Na realidade o ônus da prova atribuído ao Estado decorre, como já fartamente mencionado, do princípio

de que a responsabilidade é objetiva e, portanto, albergada no § 6º do art. 37 da CF e que se fundamenta na teoria do risco administrativo.

Na prática significa que ao autor cabe provar apenas o fato danoso e nexos causal, ao réu cabe provar a inexistência do nexo de causalidade, ou seja, o ônus deixa de ser do autor e passa a cargo do demandado, ocorrendo aí, a inversão do ônus da prova. Assim ao Estado é atribuído o ônus de provar que agiu de forma prudente e dentro das normas legais e que o dano não resultou de fatos de sua administração.

Uma vez confirmado em juízo o dano, de maneira completa e satisfatória, instala-se a obrigação de indenizar com assento na previsão legal dos arts. 186, 187 e 927 e parágrafo único, todos do Código Civil.

No dizer de Stoco (2004, p. 1181): “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”. A indenização poderá abarcar duas modalidades distintas: material e moral. Uma não exclui a outra e são distintas, mas poderão ser contempladas concomitantemente. A material compreende a reposição do que a vítima perdeu, bem como aquilo que deixou de auferir (lucros cessantes). É a regra do artigo 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Os lucros cessantes deverão ser pormenorizados no pedido exordial quando do ajuizamento da ação, quanto as perdas efetivamente ocorridas como fruto do impedimento gerado pelos danos cometidos (CARVALHO FILHO, 2004).

A indenização pelos danos morais tem por objetivo três finalidades concomitantes e indissociáveis, quais sejam:

amenizar a dor da vítima ou seus familiares, punir o agente e desestimular a repetição da prática lesiva, visto que impraticável medir o quantum indenizatório nesses sentimentos subjetivos de dor, tristeza, perda ou morte de um ente querido.

Como regra essencial da reparação pela Administração Pública, o dano deve ser certo, possível, real e aferível. Deve ainda preencher as características da especialidade e da anormalidade, daí que as perspectivas de ganho futuro ou lucro potencial, hipotético ou aleatório não justifica a reparação. A indenização se dá de uma única vez, ou em parcelas sucessivas, as quase devem ser corrigidas monetariamente, quando a pessoa beneficiada terá seu nome inserido na folha de pagamento dos precatórios.

A reparação do dano pode ocorrer na modalidade amigável pela via administrativa ou judicial. Esta, que se interpõe contra a Fazenda Pública, é a mais comum, visto que, como é sabido, administrativamente é raro a vítima ser ressarcida, mesmo quando é claro e evidente o dano sofrido.

Havendo morte, aplica-se a regra do art. 948 do CCB. Se lesão corporal ou redução da capacidade de trabalho incidem, respectivamente, os arts. 949 e 950 do mesmo diploma legal. No caso de morte de filho com menos de 25 de idade e que trabalhava, os Tribunais têm entendido que a reparação do dano (pensão) deve ser paga no valor de $\frac{2}{3}$ do salário que recebia até essa idade, e a partir aí, de 25 a 69 anos, data presumível de casamento e perspectiva de vida, reduzir-se-á pela metade ($\frac{1}{3}$). Se não trabalha, aplica-se o salário mínimo vigente. Quanto a filho menor que não exercia trabalho remunerado, não há um consenso na doutrina e tribunais. Atualmente a Constituição Federal assegura que o filho tem permanente de cuidados.

No caso de morte de pai de família (até 69 anos), a

pensão é devida: à viúva até quando permanecer viúva; aos filhos, e se deficientes, permanente; à concubina e aos dependentes econômicos. A cada vez que sai um dos beneficiados, a pensão é acrescidas às dos outros que restam.

Tratando-se de lesão corporal, se não incapacita para o trabalho, a reparação abrange o tratamento, o lucro cessante e o dano moral. Se incapacitar, abrange além desses, outras reparações e pensão vitalícia. Neste caso, se trabalha, o cálculo é em cima do salário mínimo. Acaso não trabalhe, não se aplica o salário mínimo, mas sim a necessidade do tratamento. Se aposentado, não há pensão, pois não houve perda de salário, que continua recebendo. Excetua-se se aposentado e exerce outra atividade, por esta atividade recebe.

Ação regressiva é o poder-dever instituído pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal que o Estado, quando a Fazenda Pública dispense quantia monetária pelo dano sofrido por particular, tem no sentido de direcionar sua pretensão indenizatória contra funcionário público que tenha agido com culpa ou dolo. É civil, ordinária, direta e de objetivo patrimonial para o fim de recompor o erário do desequilíbrio ocasionado pelo pagamento à vítima.

O interesse de agir do Estado decorre do próprio direito material e a causa de pedir da ação consiste na existência do fato danoso, ocasionado por culpa do agente e por sua responsabilidade subjetiva. Esse direito de regresso do Estado não se sujeita ao prazo prescricional (§ 5º do art. 37, CF).

Rosa (2003, p. 172) afirma que “o Estado ajuizará a ação regressiva sempre que reunidas provas da culpa dos agentes públicos, buscando reaver tudo quanto tenha sido efetivamente pago pelo dano suportado por outrem”.

Pela regra comum do Direito Civil, o prazo é

prescricional de três anos, de acordo com o art.206, § 3º, inciso V do CCB: “Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...]V – a pretensão de reparação civil”. Porém, consoante o art. 200 do mesmo diploma legal: “Quando a ação se originar de fato que deve ser apurado no juízo criminal não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

A ação regressiva não cabe quando o agente age com estrito cumprimento do dever legal, situação em que o Estado paga, mas não exerce esse direito. Ainda não cabe quando o Estado age por pessoas invioláveis, como deputados, prefeitos etc. No caso do Ministério Público, só pode haver ação regressiva no caso de dolo ou fraude, conforme dispõe o art. 85 do CPC: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

Vale ressaltar que o ajuizamento da ação regressiva não é uma faculdade do Estado, mas um dever, uma obrigação, pois parte do princípio de que o dinheiro utilizado para o pagamento da indenização saiu do cofre público, portanto da sociedade e, recai na indisponibilidade dos bens públicos, pois são do povo.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS

A aplicação da responsabilidade dos hospitais fundamenta-se no fato de que na relação que o hospital mantém com o paciente durante toda sua estada, há implícita uma cláusula de incolumidade, que se manifesta da obrigação de meios que o hospital tem uma agir com prudência e diligência.

Desde a admissão do paciente até a sua alta, este passa por etapas sucessivas e, nesse ínterim o hospital deve dispor na prestação de seus serviços todos os recursos técnicos científicos e de pesquisa suficientes a conduzir a

saúde integral do paciente nas melhores condições físicas e psicológicas.

Responde pelos danos produzidos pelas coisas (instrumentos e aparelhos) e pelos atos de pessoas que compõem a estrutura funcional (corpo médico, enfermagem, hotelaria, e administração burocrática etc), por terceiros que adentram nas suas dependências (visitantes, acompanhantes, familiares, imprensa etc), pelo não atendimento e assistência do doente, pela não manutenção de plantão ou dos serviços necessários para atender uma emergência previsível, por sangue contaminado que venha a causar dano a alguém. Neto relata (2003, p. 69): “a fiscalização da qualidade do sangue é dever do Estado que, se não o cumprir, responde pelos danos advindos da utilização de plasma sanguíneo contaminado, dada a aplicação da teoria do risco administrativo”.

No caso dos hospitais públicos, a responsabilidade legal pelo ressarcimento dos prejuízos, em caso de dano ao paciente, advém das regras jurídicas do parágrafo 6º, do artigo 37 da Lei Maior, bem como explicitamente no art. 43 do CCB, que regem a prestação de serviço público, portanto, é direta e primária do Estado, conforme explanado no início deste trabalho, não importando, assim, se a responsabilidade pelo dano ao paciente decorreu exclusivamente de ato do médico, da administração, da direção técnica ou da clínica. Estes responderão perante a Fazenda Pública, em ação regressiva, desde que comprovada a culpa.

O hospital não tem obrigação de curar o paciente, mas tem dever de prestar assistência de forma diligente e prudente e usar de técnicas, competência e eficiência profissionais aptas e suficientes onde o limite seja a impossibilidade material. No entanto, há casos em que não se pode atribuir ao hospital a responsabilidade pelos danos

ocasionados. Isso acontece nos casos de culpa exclusiva da vítima, casos fortuitos ou força maior (Carvalho Júnior, 2004).

Outra situação onde se exime da responsabilidade se dá quando o paciente estando consciente, ou os seus familiares, quando inconsciente, resolve sair do hospital sem que seu quadro clínico autorize. Restando ao médico e a direção do hospital a obrigação de inviabilizar a saída do paciente, alertando-os da imprudência e dos riscos, da gravidade, inclusive comunicando às autoridades públicas, se necessário ou conveniente.

À direção do hospital cabe tomar essas medidas que são imprescindíveis, posto que, acaso o paciente venha a sofrer maiores consequências ou vir a falecer afasta-lhe a possibilidade de ter agido com negligência, ou seja, exime sua responsabilidade.

Uma questão assaz polêmica e relevante da responsabilidade dos hospitais da rede pública é quanto a impossibilidade material de atendimento, que se configura quando procede de falhas estruturais, quando não há meios e condições de trabalho suficientes e eficazes para uma resposta satisfatória. São de notório conhecimento que alguns hospitais faltam instrumentos básicos de trabalho, como máscaras, gorro, avental, luvas, material cirúrgico (bisturi, pinça e fios), seringas descartáveis, aparelhos de raios-X e outros mais que não funcionam por falta de reparo e manutenção.

A impossibilidade, em regra, ocorre também em um caso de atendimento de urgência de várias pessoas ao mesmo tempo. Neste caso, é previsível que, pela pressa de socorrer as vítimas e no afã de salvar vidas, o hospital não dispunha de médicos e nem de equipamentos suficientes, daí que não se pode atribuir responsabilidade ao hospital, por um fato avesso ao seu controle.

Destarte, o hospital se exime do dever de reparar os danos decorrentes de exercício de suas atividades médico-hospitalar sempre que puder provar que não deu causa, mas que adveio das condições do próprio paciente. Igualmente não responde nos casos em que médicos utilizam suas instalações para internação e tratamento de seus pacientes particulares e nem quando realiza remessa justificada do doente para outro hospital de referência, ante a falta de leito ou de condições de atendimento, pois assim estará agindo com diligência. Ademais, o hospital não pode ser responsabilizado por todos os infortúnios da vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto é determinado na Constituição Federal que a saúde é um dever do Estado e, portanto, deve se dotar de estrutura, recursos financeiros, serviços e condições suficientes a desempenhar pleno atendimento à população, a crise do sistema de saúde no Brasil está presente no nosso dia-a-dia, podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e divulgados pela mídia, tais como: filas freqüentes de pacientes nos serviços de saúde; falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população; escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência; atraso no repasse dos pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados; baixos valores pagos pelo Sistema Único de Saúde aos diversos procedimentos médico-hospitalares.

Esse dever/obrigação está preceituado no art. 196 da Carta Magna: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua

promoção, proteção e recuperação”.

E o fundamento de sua responsabilidade, como podemos observar no decorrer deste trabalho, está contido no art. 43 do Código Civil: “As pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

A responsabilidade civil constitui um dos temas de maior relevância jurídica da atualidade por sua surpreendente evolução e disseminação em todas as áreas das relações humanas e sociais, e, por isso, sua repercussão em todos os ramos do direito.

A evolução da responsabilidade do Estado passou de total irresponsabilidade para a subjetiva e desta para a objetiva, vigente atualmente, seguindo, assim, a linha traçada no artigo 37, § 6º da Constituição Federativa do Brasil. Esse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão.

Hodiernamente, é dominante o entendimento da responsabilidade objetiva do Estado, que se fundamenta no risco que a atividade pública possa vir a ocasionar para sociedade em geral (teoria do risco administrativo), independentemente do determinante culpa da Administração ou de seus agentes. Suficiente que a vítima demonstre o fato e o nexo causal ocasionado por ação ou omissão do Poder Público e a este, cabe o condão de romper o nexo de causalidade, prove causas excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou estado de necessidade.

Entendemos que natureza jurídica da responsabilidade

civil do Estado e dos hospitais é extracontratual, vez que o atendimento médico e assistencial aos segurados é realizado em decorrência do mandamento constitucional e conseqüente aplicabilidade do direito administrativo nessa relação jurídica, sem que os usuários se sujeitem à contraprestação pecuniária.

Do exposto, concluímos que os hospitais da rede privada, os permissionários ou concessionários estão sujeitos às normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que aos hospitais públicos, da União, Estados, Municípios – serviços de saúde médico-hospitalares da rede pública, aplica-se a regra do § 6º do art. 37 do Constituição Federal.

Concluí-se, igualmente, que aos hospitais cabe o dever de incolumidade do paciente, que se manifesta da obrigação de meios que o mesmo tem uma agir com prudência e diligência, dispondo, na prestação de seus serviços, de todos os recursos técnicos científicos e de pesquisa suficientes a conduzir a saúde integral do paciente nas melhores condições físicas e psicológicas. Responde pelos danos produzidos pelas coisas (instrumentos e aparelhos) e pelos atos de pessoas que compõe a estrutura funcional (corpo médico, enfermagem, hotelaria, e administração burocrática etc), por terceiros que adentram nas suas dependências (visitantes,, acompanhantes, familiares, imprensa etc), pelo não atendimento e assistência do doente, pela não manutenção de plantão ou dos serviços necessários para atendimento emergencial.

A responsabilidade imputada aos referidos hospitais baseia-se nas regras jurídicas do parágrafo 6º, do artigo 37 da Lei Maior, bem como explicitamente no art. 43 do Código Civil, que regem a prestação de serviço público. É direta e primária do Estado, não importando o elemento culpa do ato médico, da administração, da direção técnica ou da

clínica, apenas o dano e nexos causal. Estes responderão perante a Fazenda Pública, em ação regressiva, desde que comprovada a culpa.

O hospital se exime da responsabilidade sempre que puder provar que não deu causa ao prejuízo, mas que adveio das condições do próprio paciente, de caso fortuito ou força maior, quando usou de todos os meios e recursos de forma prudente e diligente. Ademais, o hospital não pode ser responsabilizado por todos os infortúnios da vida.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. *Novo Código Civil: Lei nº 10.406*. São Paulo: Rideel, 2003.

_____. *Lei nº 9.431, de 06 de janeiro de 1997*. Dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares pelos hospitais do País. Disponível em: <https://rolinha_do_palnalto>. Acesso em: 26 nov. 2005.

_____. *Portaria MS 2.616/98, de 12 de maio de 1998*. Regulamenta as ações de controle de infecção hospitalar no país. Ministério da Saúde. Disponível em <<http://www.ccih.med.br>>. Acesso em: 26 nov. 2005.

COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

DENARI, Z. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DIAS, J. A. *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol.1. [s.d.].

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do Médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. [S.l.]: Malheiros, 2001

SEBASTIÃO, J. *Responsabilidade Médica civil, criminal e ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

TRUJILLO, E. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. [S.l.]: LED Editora de Direito, 1996.

VENOSA, S. S. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Luiz Carlos Saraiva Guerra

Juiz de Direito

Aluno do Curso de Especialização em Direito Constitucional da ESMEC

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria da eficácia imediata (direta). 3. Teoria da eficácia mediata (indireta). 4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 5. Negação da validade dos direitos fundamentais nas relações privadas. 6. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil. 7. Conclusão. 8. Referências.

RESUMO

No Brasil são aplicáveis os direitos fundamentais nas relações privadas, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Há variação da intensidade conforme o nível de desigualdade entre os particulares. “Quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito material invocado e menor a tutela da autonomia privada; quanto menor for a desigualdade, mais intensa será a tutela da autonomia privada. Nem todas as manifestações da autonomia privada são tuteladas com a mesma intensidade.”(Sarmiento).

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é mostrar que um dos assuntos de maior controvérsia da dogmática constitucional moderna é a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. A fértil discussão dessa temática na doutrina brasileira chegou até nós através do Direito Comparado, mais, especificamente, do Direito Alemão, sofrendo as alterações necessárias para se adaptar às

peculiaridades de nosso contexto sócio-jurídico.

A problemática relativa a vinculação dos atos de particulares aos direitos fundamentais, ou seja, sua eficácia no âmbito das relações privadas, tem sido objeto de discussões doutrinárias nos E.U.A, sob a denominação de *state action doctrin* e na Alemanha, onde o assunto foi inicialmente estudado.

A evolução da doutrina levou a transformação do próprio conceito de Direitos Fundamentais, apesar de eles terem surgido, historicamente, como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, incorporando-se o pensamento de que era necessário considerar que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas em face do Estado, mas também frente a agressões oriundas de particulares.

O objeto das discussões jurisprudenciais e doutrinárias passou a ser até que ponto pode o particular recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, sabendo-se que o destinatário também é titular de direitos fundamentais? Esse questionamento assume peculiaridade quando se percebe que ambos envolvidos em determinada relação jurídica são titulares de direitos fundamentais, enquanto que nas relações entre particulares e entidades estatais, o poder público não pode, em regra, opor direito fundamental aos primeiros. Essa é a chamada “eficácia vertical”, ou seja, a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais em face de suas relações com particulares. Por outro lado, temos a chamada “eficácia horizontal”, que cuida da problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

Nos Estados Unidos prevalecia a tese liberal segundo a qual “os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal (*state action*) presumidamente ilícita, de tal sorte que as condutas

eminentemente privadas encontram-se imunes a este tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição” . Essa é a doutrina da *state action* que, apesar de bastante dogmática, vem sendo bastante relativizada na jurisprudência norte-americana, acabando por dilatar o leque de sua aplicação nas relações entre particulares.

Porém é na Alemanha que encontramos correntes doutrinárias em sentidos diferentes e que merecem bastante atenção. Mesmo após afirmada pela doutrina dominante, em princípio, a existência de uma vinculação dos particulares, ou eficácia em relação a terceiros (*Drittwirkung*, na terminologia alemã), é preciso analisar qual é o modo e alcance dessa vinculação, se é direto ou indireto. É necessário recorrer ao Direito Comparado, ou seja, as experiências dos tratadistas germânicos a fim de obter melhores conclusões e projeções para o direito pátrio, no concernente ao tema em questão.

2. TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA (DIRETA)

Esta teoria, que tinha como principais propugnadores Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, defendia uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais sob o fundamento de que os direitos fundamentais constituem normas que expressam valores *erga omnes*, isto é, aplicáveis para todo o ordenamento jurídico (princípio da unidade da ordem jurídica) e, ainda, em virtude da supremacia formal e material da Constituição, seria errôneo afirmar que o Direito Privado, como legislação infraconstitucional, não se submetesse a Lei Maior do Estado. Por isso, não haveria como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.

Essa corrente de pensamento encontrou bastante aceitação, inclusive nos Tribunais, conforme percebemos na

jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho alemão: “Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública” .

Os críticos da doutrina afirmaram que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo e que não se poderia igualar o tratamento das relações Estado-indivíduo e indivíduo-indivíduo. É preciso lembrar, porém, que os conflitos entre particulares são levados ao Poder Judiciário para serem dirimidos e o Judiciário, como poder público, está vinculado diretamente ao respeito dos direitos fundamentais, evidenciando que, de uma forma ou de outra, as normas de direitos fundamentais precisam encontrar máxima efetividade.

Encontramos, no magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, exemplo para ilustrar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais: Uma empresa industrial estabelece como condição de admissão a renúncia a qualquer actividade partidária ou a filiação em sindicatos . Nesse caso, a dita empresa está tolhendo o direito de livre associação sindical como requisito para admissão em seus quadros de funcionários. Os defensores da doutrina em questão entendem necessária “a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas

relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objectiva da comunidade” . Então, em última análise, os direitos fundamentais dos trabalhadores deveriam prevalecer sobre as regras impostas pela empresa, eles poderiam acionar o Poder Judiciário, se necessário, para requerer a admissão na empresa, nos termos estabelecidos, sem o tolhimento dos direitos fundamentais.

3. TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA (INDIRETA)

A teoria da eficácia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) teve como seu defensor Günther Dürig e foi bastante acolhida pela doutrina germânica. Ele propõe uma eficácia irradiante, ou seja, “em várias direções que não apenas a dos poderes públicos” . Seria realizada de forma indireta, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado a luz dos direitos fundamentais . Os direitos fundamentais, segundo essa teoria, não tem por função precípua solver conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados a disposição pelo próprio sistema jurídico. Destarte, cabe ao legislador, principal destinatário das normas de direitos fundamentais, realizar a aplicação dessas normas as relações jurídico-privadas. Seria uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado. Na ausência do legislador, o magistrado deveria limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional de acordo com as normas de direitos fundamentais.

Esta teoria evolui, com novos autores, para um entendimento no sentido de que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra ofensas aos bens jurídicos

fundamentais assegurados na Lei Maior, inclusive quando os ofensores forem particulares. Então, o Estado continua sendo o destinatário precípua dos direitos fundamentais, admitindo-se o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas somente em casos excepcionais e devidamente justificados .

4. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para determinarmos qual é o alcance e intensidade dessa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, precisamos delimitar o tema. Assim, excluem-se da discussão todos aqueles direitos que, por natureza, tem por destinatários diretos e exclusivos os órgãos estatais, por exemplo, os direitos políticos (arts. 14 a 16, CF), direitos de asilo e não-extradição. Por outro lado, parece-nos correto também afirmar que inexistem divergências quanto a vinculação quando os direitos fundamentais incidem diretamente aos particulares, como o direito a indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, V, XI, da Constituição Federal) e, especialmente em relação aos direitos dos trabalhadores (artigo 7º da Constituição Federal).

A problemática começa a tomar forma quando passamos a analisar o grupo de direitos fundamentais que não tem por destinatário exclusivo as entidades públicas e a vinculação não transparece de forma clara, somando-se ao fato de que a Constituição não contém norma expressa que vincule entidades privadas aos direitos fundamentais. Segundo lição de Vieira de Andrade, existem dois aspectos a serem observados na questão em estudo: primeiramente, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade

de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada; e, finalmente, a necessidade de se protegerem os particulares contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. Acolhemos estas hipóteses aventadas pelo ilustre professor e passaremos a verificar como ocorre essa vinculação.

Quanto aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, podemos evidenciar: as relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre os indivíduos e os detentores de poder social e as relações entre particulares em geral, caracterizadas, em princípio, por igualdade. No concernente a primeira alternativa, percebemos que existe consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios de vinculação para a esfera privada por se tratar de situação semelhante a que se verifica no caso dos órgãos estatais, relações desiguais, e por isso, existe a máxima do Direito do Trabalho: *in dubio pro misero*, é uma forma de proteger os menos favorecidos.

Já quando não há relações indivíduo-poder, no segundo caso acima citado, deverá, em princípio, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos individuais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet em seu brilhante magistério.

Por derradeiro, entendemos que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação dessas normas infraconstitucionais conforme os princípios e parâmetros axiológicos inerentes as disposições dos direitos

fundamentais, constantes na Constituição Federal brasileira.

5. NEGAÇÃO DA VALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A tese da não vinculação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares teve maior difusão nos Estados Unidos da América. À exceção da 13ª Emenda que proibiu a escravidão nos Estados Unidos, os demais direitos fundamentais do *Bill of Rights* da Carta Magna Americana impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos fundamentais frente a outros particulares. Assim, em princípio, o sistema norte-americano não admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Logo, a jurisprudência norte-americana não reconhece a possibilidade de tutela, pelo legislador ordinário, dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

6. A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NO BRASIL

No Brasil, a Constituição é divergente com a tese norte-americana, que exclui a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por outro lado, também parece ser divergente a Constituição brasileira com a posição mais liberal, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos fundamentais, predominante na Alemanha. Na verdade, o sistema de direitos fundamentais inserido na Constituição brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema alemão. No Brasil existe uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. É um consenso na doutrina que pugna pela tese da eficácia direta e imediata

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que a intensidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não é a mesma das relações entre cidadãos e Estado. Nas palavras de Sarmento (2004, p. 301):

A circunstância de os particulares também serem titulares de direitos fundamentais e desfrutarem de uma autonomia privada pela Constituição Federal de 1988 assegurada, impõe algumas adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos nas relações privadas.

A delimitação para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas abrange a problemática da sua ponderação com a autonomia privada, consoante as circunstâncias específicas do caso concreto.

Ingo Sarlet (2006, p. 90) diz que:

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é um procedimento ainda em constante emancipação. Frisa-se que um dos enfoques primordiais do constitucionalismo é a modificação de uma série de assuntos jurídicos que eram da seara do direito civil em matéria constitucional.

Nos dias atuais, a ordem constitucional vem a reger tanto o poder público como a sociedade civil, inexistindo, sob esse prisma, separação tangente entre o direito

constitucional e o direito privado. Nota-se que não é possível concebê-los baseado em uma análise separatista calcada em lógicas diversas, uma vez que o direito constitucional e o direito privado possuem campos de incidência análogos.

De acordo com Sarmento (2004, p. 303):

Um dos elementos precípuos para essa ponderação é a verificação do grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito material invocado e menor a tutela da autonomia privada; quanto menor for a desigualdade, mais intensa será a tutela da autonomia privada. Nem todas as manifestações da autonomia privada são tuteladas com a mesma intensidade.

Um aspecto importante a ser observado, no que diz respeito à incidência dos direitos fundamentais no trato entre os privados, está relacionado à questão da dupla dimensão dos direitos fundamentais.

Sarlet (2006, p. 176), por exemplo, reconhece a eficiência direta dos direitos fundamentais na esfera privada relativa ao direito brasileiro, sendo similar ao posicionamento apoiado por Marinoni (2005, p.43). Já Mendes (1998, p. 79), por seu turno, tem grande apreço pela tese da eficiência indireta e mediata.

Um dos temas que mais necessitam uma abordagem autônoma é aquele que se refere ao instante da ocorrência dos direitos fundamentais na esfera privada. Nesse ínterim, mister frisar que não existe voz única na doutrina, bem como

na jurisprudência, no que diz a esse respeito. O que existe é uma clara controvérsia entre as linhas de pensamento. Deve-se ressaltar que existem duas teorias principais: a corrente monista e a corrente dualista.

De acordo com a corrente monista, a questão de que ante a supremacia constitucional e a conseguinte posição cimeira deleitada pela Lei Fundamental na estrutura verticalizada do direito, mostra que se pode escapar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na órbita privada. A regra de direito fundamental não teria como endereço direto apenas o legislador, na institucional função de elaborador de regras infraconstitucionais conformadoras dos direitos fundamentais, atingindo as relações interprivadas.

A corrente dualista, por seu turno, compreende que o cânone do livre-arbítrio contratual entre os interessados não seria restringido pela ordem normativa supralegal, até porque o princípio tem morada constitucional. Logo, lutam pela importância mediata dos direitos fundamentais na órbita privada, tudo no afã de fazer conservar o espírito jusprivatístico.

A importância dos direitos fundamentais nas relações interprivadas deve ocorrer com a análise do caso concreto e o debate sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação interprivada, pressupondo uma negociação regular, isto é, em que estejam presentes a capacidade dos contraentes, a maneira escrita ou não defesa em lei e a legalidade do objeto do contrato, além da não existência de costumes do consentimento.

Os direitos fundamentais deveriam ter aplicação instantânea neste caso real, pois a primazia da autonomia de desejos não poderia se sobrepor, por interesse ao cânone da dignidade de um indivíduo, ao direito à vida. Nesse caminho, vale ressaltar que será aplicada uma

ponderação de valores para se ter conhecimento se a autonomia da vontade deve ou não abrir espaços para a automática incidência dos direitos detentores de fundamentalidade.

Castro (2003, p. 246) diz:

Através da teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais entende-se ser ocupação do legislador privado a mediação e a aplicação dos direitos fundamentais sobre os privados, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se mostre harmonizável com os valores constitucionais estabelecidos pela Constituição Federal. Nota-se, de plano, que a teoria da eficácia indireta e mediata recusa à probabilidade de execução direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A Teoria da Eficácia Direta e Imediata foi recomendada por Hans Carl Nipperdy, em meados da década de 1950 na Alemanha. De acordo com Sarlet (2006, p. 201):

Mesmo que alguns direitos fundamentais existentes na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros direitos, pela sua natureza, podem ser invocados nas relações privadas, independentemente, de qualquer mediação realizada através do legislador. Percebe-se que a teoria da

eficácia imediata não teve uma boa aceitação na Alemanha, mas, em países como a Espanha, Portugal, Itália e Argentina é considerada a doutrina majoritária empregada.

Os direitos fundamentais são violados no âmbito da órbita privada, criando situações atuais de perigo que demandam o desenvolvimento de instrumentos para combatê-los, a questão da vinculação dos privados aos direitos fundamentais recebeu complexidade no discurso jurídico atual, originando-se uma diversidade de teorias no direito constitucional que merecem destaque.

Para Sarmento (2004, p. 308):

A ponderação de direitos fundamentais dá-se numa variedade de relações interprivadas, cujos resultados dependem das peculiaridades de cada uma, da natureza do liame existente entre os envolvidos e dos tipos de relação de poder entre eles.

Os direitos fundamentais em conjunto com o conceito de democracia, são um conceito-chave político e jurídico, que teve agregada complexidade, tanto em conteúdo como em instrumentalidade, ameaçando sua própria ocorrência e adensamento no corpo social, requerendo urgência nos debates públicos que assegurem as idéias geradoras de consenso e retira-se delas os limites para as demandas filosóficas, de maneira a dar suporte à complexidade alcançada.

De acordo com Sarmento (2004, p. 309):

Além do grau de desigualdade, o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses diversifica-se em proporção com a natureza da matéria regulamentada. Por exemplo, nas questões econômico-patrimoniais, a autonomia privada terá maior espaço, sendo a sua importância menor para a ponderação dos interesses; se o interesse incidir sobre algum bem jurídico essencial à vida, a autonomia privada terá um peso maior a ser considerado.

Portanto, os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações privadas, aqui no Brasil, esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, assim, em todo processo que se desenvolva no âmbito de associações e outras entidades privadas deverá ser observado o direito à ampla defesa e ao contraditório e a garantia dos demais direitos fundamentais, de modo que, uma associação, por exemplo, não poderá expulsar um associado sem que lhe seja garantido o direito de se defender, para se, for o caso, provar que não há motivo para a expulsão.

7. CONCLUSÃO

A efetividade das normas consagradoras dos direitos fundamentais vai depender de uma série de circunstâncias e ponderações das mais variadas ordens, a começar pela sua delimitação teórica a partir das reflexões filosóficas, políticas e jurídicas até a incansável busca de uma interpretação adequada dessas normas, árdua tarefa

atribuída primordialmente aos juristas, especialmente aos que compõem o Poder Judiciário, o principal responsável pela solução de problemas concretos dessa natureza.

É função legítima do Judiciário a guarda do Direito. Além disso, não valeria de nada um princípio democrático íntegro, se o Judiciário permitisse que os direitos fundamentais, uma das condições para o exercício desse princípio, fossem violados sob a justificativa que não cabe ao Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas.

Sobre a diminuição da segurança e previsibilidade jurídicas, tendo em vista, a possibilidade de decisões judiciais fundadas em princípios gerais do direito constitucional, cabe ressaltar que haverá sim a perda de alguma segurança, mas o princípio da segurança jurídica não é supremo, nem superior ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Valendo ressaltar ainda, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, que no Brasil os direitos fundamentais são aplicáveis nas relações entre particulares, desse modo quando houver violação dos direitos fundamentais numa relação entre particulares, deve-se recorrer ao Poder Judiciário para corrigir as distorções cometidas.

8. REFERÊNCIAS

CASTRO, Siqueira. **A constituição aberta e direitos fundamentais do homem**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 20023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de**

constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais e sua Concretização**. Curitiba: Juruá, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

A PENHORA *ONLINE* COMO VIABILIZADORA DO DIREITO AO CRÉDITO EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL

Rosilda Facundo Lima

Técnica Judiciária da 4ª Vara de Execuções Fiscais

Aluna do curso de Especialização em Administração Judiciária da ESMEC

RESUMO

Este artigo traz uma discussão sobre a penhora on-line como forma de viabilizar a realização do crédito em sede de execução fiscal que, se encontra amparada na redação dada pela Lei Complementar 118\05 que alterou o artigo 185-A da Lei 5172, de 25 de outubro de 1966. Faz uma abordagem desde a sua criação até a finalidade com a qual a penhora on-line foi criada, qual seja a promoção do crédito no Brasil, bem como seus efeitos quando do uso indiscriminado e a responsabilidade de todos os envolvidos em sua aplicabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal – Ativos Financeiros – Penhora *OnLine*

ABSTRACT

This article brings a discussion about the seizure on line as to facilitate the implementation of credit in the tax application that is supported in writing given by Law Complementary 118 \05 which amended article 185-A of Law 5172 of 25 october 1966. Make an approach since its creation to the purpose with which the attachment was created on-line, which is the promotion of credit in Brazil and its effects upon the

indiscriminate use and accountability of all involved in its applicability.

KEYWORDS: Implenenting Tax - Liquid Assets – On-Line Attachment

INTRODUÇÃO

Com o advento da lei complementar nº 118 ,de 09 de fevereiro de 2005, alterou e acrescentou dispositivos a Lei nº 5172 ,de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), foi lançada a “penhora On line”.

Penhora on-line é um instituto que tem a finalidade de acelerar os processos executivos, permitindo que o bloqueio de bens e direitos do contribuinte executado seja feito de maneira imediata, através da comunicação eletrônica do Juízo.

A penhora on-line encontra amparo legal no artigo 185-A do Código Tributário Nacional, o qual foi alterado pela Lei Complementar 118/05, garantindo sua correta e devida aplicação nos processos executivos.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo fazer alguns apontamentos acerca da penhora on-line como viabilizadora do direito de crédito em sede de execução fiscal, bem como seu conceito, importância, finalidade, características entre outros aspectos referentes a essa matéria.

1.0 Execuções Fiscais

É de suma importância traçar um breve comentário a respeito da Lei das Execuções Fiscais, nº 6830, de 22 de setembro de 1980 .

A Fazenda Pública dispõe da ação de execução fiscal,

para a cobrança de seus créditos, sejam tributários ou não, desde que escrito como dívida ativa.

No pensamento de Souza (1998) ,somente a dívida ativa regularmente escrita goza de presunção de certeza e liquidez, com base no artigo 3º da referida lei, e na definição da norma (artigo 2º, § 3º) é a inscrição prévia que se constitui ato de controle administrativo de legalidade. A formação do título executivo se procede através da inscrição do crédito tributário devidamente lançado e não pago.

O artigo 1º da Lei das Execuções Fiscais descreve o sujeito ativo, regendo a execução judicial para cobrança da dívida ativa da Fazenda Publica , que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e respectivas autarquias.

Para Alvares (1998), a Fazenda Pública deve apurar o valor do débito e o sujeito passivo, mediante inscrição e a extração da CDA (Certidão da Dívida Ativa) atribuindo liquidez e certeza ao crédito tributário.

1.1 Origem

O instituto da penhora on-line surgiu na justiça do trabalho em 2002, através de convênio entre o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Banco Central do Brasil (BC), contribuindo decisivamente para uma significativa efetividade do processo de execução naquela justiça especializada.

Esse acordo teve por objetivo permitir aos juízes estaduais e federais o acesso, via internet, a um sistema de solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central, denominado Bacen-Jud.

Na execução fiscal somente com o advento da Lei Complementar nº118, de 09 de fevereiro de 2005, que alterou e acrescentou dispositivos a Lei n 5.172 de 25 de outubro

de 1966(Código Tributário Nacional), foi lançada a penhora on-line.

Pereira escreve:

Sob a justificativa de adaptar as disposições do Código Tributário Nacional à nova Lei de Falências, a Lei Complementar n 118\05, introduziu no sistema norma que, pela sua relevância e conseqüências. (2005,p.93)

O Código Tributário Nacional em seu artigo 185-A prescreve:

Art. 185-A Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens a penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro publico de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1 A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se á ao total

exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2 Os órgãos e entidades aos quais se fizer à comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação dos bens e direitos cuja indisponibilidade houver promovido.

1.2 *Conceito*

Continuando com Pereira “trata-se da denominada penhora on-line, prevista no agora art. 185- A do Código Tributário Nacional, o qual prescreve ao Juízo da Execução Fiscal o dever de determinar a imediata indisponibilidade de bens e direitos do executado que não oferecer bens à penhora dentro do prazo legal, ou na hipótese de não serem encontrados outros bens suficientes à garantia do processo executivo, tudo isso mediante a comunicação eletrônica aos órgãos competentes, em especial aqueles do sistema bancário e do mercado de capitais”.(2005, p.95).

Correia dá sua contribuição, dizendo que:

Penhora on-line nada mais é do que penhora de dinheiro realizada diretamente pelo Juiz, por meio eletrônico, e se aperfeiçoa mediante o simples recebimento, pelo banco, da ordem judicial veiculada pela Internet. Recebida essa ordem, considera-se apreendido o dinheiro, passando a se verificar, a partir

daí, todos os efeitos da penhora. (2005, p.28).

Segundo Vieira :

A Penhora on-line que é conhecida também como Bacen Jud é um sistema informatizado criado pelo Banco Central do Brasil para agilizar o cumprimento de determinações e requisições judiciais relativas a ativos financeiros. É um sistema eletrônico de relacionamento entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, que permite ao juiz realizar bloqueio integral de todos ativos financeiros ou simplesmente bloquear determinada quantia. (2007, p.33).

Saddi afirma que a penhora on-line somente é possível devido ao sistema Bacen- Jud, criado pelo Banco Central, que assinou convênios com o Poder Judiciário, permitindo que, através de uma ordem judicial, o sistema bancário investigue, por meio do CPF do devedor, todas as contas existentes em seu nome, bloqueando os valores constantes no mandado. (2008, p.37).

Como visto nos conceitos acima, a penhora on-line é sistema eletrônico que visa agilizar o bloqueio de ativos financeiros de um devedor, através de um modo informatizado na internet.

1.3 Amparo legal

A penhora on-line foi lançada com a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005 que alterou dispositivo do

Código Tributário Nacional, ou seja, artigo 185 - A.

Na visão de Filete :

O bloqueio de crédito em contas bancárias tem amparo legal e sempre foi realizado; a diferença é que antes era efetivado por expedientes morosos e burocráticos, com envio de ofícios ao Banco central- que não se justifica na era da informática e transmissão de dados em tempo real; após todo o trâmite de identificação de contas e disponibilidade de créditos, era necessária a solicitação de envio de outro pedido ao juiz da região da conta, quando encontrada esta em localidade diversa daquele que ordenou o bloqueio. (2007, p.16).

Nesse contexto é necessário verificar o que prescreve o artigo 655- A do Código de Processo Civil:

Art. 655- A . Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, referencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade até o valor indicado na execução.

1.4 Finalidade

No pensamento de Pereira :

Em verdade, o novel do artigo 185-A do Código Tributário Nacional tem a finalidade de acelerar os processos executivos, permitindo agora que o bloqueio de bens e direitos do contribuinte executado seja feito de maneira imediata, através da comunicação eletrônica pelo Juízo, especialmente aos órgãos do sistema financeiro de mercado de capitais, tudo no sentido de satisfazer o crédito tributário.(2005, p.96).

A respeito da finalidade da penhora on-line Correia revela ser:

Sistema que permite que juizes acessem um site do Banco Central, preencham um cadastro e obtenham uma senha, que mais se assemelha a uma assinatura virtual. Munidos dessa senha, tornam-se aptos não somente a requerer informações sobre eventual existência de ativos financeiros em nome das patês, como também determinar-lhes a penhora ou arresto. Tanto a requisição de informações, como a ordem de constrição, são

veiculadas on line, isto é, via Internet, por meio eletrônico.(2005, p.55).

1.5 Características da penhora online

Vieira escreve a respeito das características da penhora on-line dizendo que esse sistema foi um avanço entre o judiciário e as instituições financeiras, mostrando as características que fazem distinção entre a penhora on-line com os demais institutos, suas particularidades. As características da penhora on-line podem ser:

: Agilidade: as ordens são transmitidas eletronicamente e tem suas respostas visíveis para o juízo emissor na manhã do segundo dia útil após seu recebimento pelas instituições.

Economia : diminui o custo de processamento das ordens judiciais tanto no âmbito do judiciário, quanto no Banco Central e nas instituições financeiras.

Segurança : dois bons motivos, o primeiro usa recursos modernos de segurança e criptografia nas transmissões e elimina riscos de falhas provenientes do processo humano, conferindo campos de digitação e reduzindo os níveis de acesso a informação.(Vieira, 2007, p.38).

Correia relata que o sistema Bacen-Jud não é um meio eletrônico pura e simplesmente. É um meio eletrônico organizado, criado, operado e fiscalizado segundo as regras e medidas rígidas de segurança desenvolvidas pelo Banco Central e pelos Tribunais. (2005, p. 57).

Continua Correia afirmando que “essa organização confere ao sistema Bacen-Jud a almejada segurança, avaliada do ponto de vista técnico, proporcionada pelas regras de utilização, pelo cadastramento prévio dos “gestores de senhas”, pela presença das senhas individuais dos usuários que se assemelham a assinaturas digitais, pela veiculação de informações cobertas pós modernas técnicas

de criptografia, etc”

Ainda, Correia relata que, além disso a realização direta da penhora pela própria autoridade judiciária permite que o Juiz exerça controle e fiscalização incomparáveis sobre este ato executivo, reduzindo sobremaneira a possibilidade de equívocos e eliminando a possibilidade de a instituição bancária ou o devedor exercerem pressões externas ou manobras que possam embaraçar sua realização.

1.6 Competência para penhora online:

Saddi , enfatiza que, “O artigo 655-A do Código de Processo Civil apenas possibilita que o julgador efetue a penhora on-line de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, não o obriga. Ademais, cabe ao credor a indicação de bens, e a requisição judicial de informações neste sentido é admitida apenas em caráter excepcional, mormente porque o magistrado não pode ser transformado em advogado das partes”.(2008, p.41).

A respeito da competência da penhora on-line Vieira revela ser:

Por meio da utilização dos recursos tecnológicos disponibilizados pelo Bacen- Jud, poderá ser concretizada a penhora de forma mais célere e efetiva, após a obtenção de informação, no sentido da existência do dinheiro do banco espera a execução, quem realiza a constrição. Não se pode perder de vista que antes de determinar a indisponibilidade eletrônica de ativos, o juiz deve analisar

com prudência todo o conjunto de elementos disponíveis no processo, as circunstâncias que cercam o caso e a capacidade financeira de cada devedor. (2007, p.44).

Assim continua Saddy, afirmando que é de vital importância o cuidado do magistrado ao utilizar-se da nova ferramenta (Bacen-Jud 2.0), para que não haja a violação dos direitos do devedor, enquanto cidadão, protegido pela Carta Magna.

Nesse sentido Correia pontua que:

Na hipótese do devedor, regularmente citado, não pagar e tampouco nomear a penhora no prazo legal e, em seqüência, o oficial de justiça não encontrar bens penhoráveis em seu nome, o juiz decidira pela a indisponibilidade dos bens e direitos por intermédio do envio de mensagem eletrônica aos órgãos e entidades que promovem o registro de transferência de bens, especialmente as instituições do sistema financeiro nacional. Noutras palavras, resta introduzido no âmbito tributário a penhora on-line. (2005, p.58).

Por fim Correia escreve que “O juiz tem sempre a possibilidade de determinar o desbloqueio (total ou parcial) de contas, quando a constrição se revela excessiva ou recai sobre valores que possuam natureza de impenhorabilidade (artigo 649 do CPC). O juiz pode sempre avaliar a

necessidade de eventual desbloqueio, se verificar algumas das situações que contrariam outras verbas de caráter alimentar”. (2005, p.60).

1.7 O sistema Bacen-Jud

Clemente enfatiza que, o sistema eletrônico Bacen - Jud 2.0 possibilita a emissão, transmissão e visualização das seguintes ordens judiciais :

a) Requisição de Informações – o sistema abrirá a tela Detalhamento de ordem judicial de Requisição de Informações. No caso das consultas por número de processo e por juízo, o sistema retornará uma lista com as ordens encontradas e o usuário deverá clicar sobre o número de protocolo da ordem desejada, para que a mesma seja detalhada;

b) Bloqueio de Valores – as ordens judiciais de bloqueio visam a bloquear até o limite da importância especificada (valor da execução);

c) Desbloqueio – o desbloqueio é uma determinação subsequente à ordem inicial que gerou constrição de valores em uma ou mais instituições financeiras. Por essa razão, a sua formalização se dá na própria tela da ordem de bloqueio, sem criar novo número e protocolo ;

d) Transferência de valores bloqueados – o magistrado pode determinar a transferência do valor bloqueado ou parte dele para uma agência de um banco depositário, por ele especificado. Será aberta uma conta em nome do autor da ação, movimentada sob autorização judicial.

e) Reiteração e Cancelamento – A reiteração ou o cancelamento de uma determinação judicial do Bacen-Jud 2.0, apenas são permitidas nos casos de “não respostas”. Logo, as ordens dessa espécie são direcionadas apenas

as instituições financeiras inadimplentes, compreendidas como aquelas que não encaminharam os arquivos de respostas ou o fizeram fora do prazo regulamentar. (2008, p.39).

Continua Clemente afirmando que toda ordem Judicial do Bacen-Jud 2.0 subentende três etapas básicas de procedimentos :

a) Inclusão de minuta – a minuta é o rascunho da ordem ou requisição e é preparada com a utilização de uma tela, que se assemelha a um formulário impresso e contém campos que devem ser preenchidos com os dados necessários á formalização da determinação judicial.

b) Protocolamento é a chancela da autoridade judiciária aos dados de uma minuta. A minuta se torna, com o protocolamento, uma ordem judicial que é identificada por um número composto de 14 dígitos, sendo que os quatro primeiros algarismos correspondem ao ano em curso.

c) Consulta a resposta a ordem judicial – permite a visualização das respostas das instituições, bem como das “não respostas”. (2008, p. 42)

Considerações Finais

Como visto no desenvolvimento desse artigo, a penhora on-line está diretamente ligado, à viabilização do crédito no Brasil, daí a importância e a necessidade de ajustar e fortalecer instituições, dentro do que se expôs aqui quanto a penhora on-line.

A execução tem como principal objetivo justamente a satisfação do direito do credor sendo assim, totalmente lícita a penhora de valores depositados em contas bancárias ou aplicados em fundos financeiros. Somente com essa interpretação sistemática de normas processuais,

observando-se os demais princípios regentes do processo de execução que não se correrá o risco de frustrar o seu objetivo primordial, qual seja, o efetivo recebimento do crédito.

Conclui-se que a penhora on-line possibilita a determinação de bloqueio do valor, com vistas ao pagamento do crédito exeqüendo, imprimindo-se maior celeridade na satisfação do direito. A medida em destaque vai ao encontro do ideal de efetividade do processo, sendo louvável o seu intento de amenizar os óbices da truncada execução fiscal.

Por sua vez, era evidente a condição privilegiada do devedor que, além de dispor de tempo para embarçar no plano concreto a constrição, dispunha confortável oportunidade de embargar a execução, suspendendo atos executivos durante longa e tormentosa duração dessa ação. A demora, via de regra, prejudicava apenas o credor, obrigado a suportar sozinho as conseqüências da eternização do processo de execução, que iam desde o insuportável atraso na entrega da prestação jurisdicional, até sua completa frustração, nada obstante os esforços e despesas incorridos pelo exeqüente.

Enfim, a positivação da penhora on-line trouxe um acréscimo para a legislação, desde que observado o bom senso e proporcionalidade pelo juiz, representando uma mudança para a cobrança da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, contribuindo para o aumento de arrecadação, ou seja, é impossível deixar de reconhecer que esse sistema, desde que utilizado sem desrespeitar as regras procedimentais e os princípios fundamentais da execução, bem como os princípios constitucionais do processo, atende perfeitamente à natureza e finalidade do processo executivo, bem como se compatibiliza com o devido processo legal em suas diversas manifestações, pois propicia a rápida efetiva entrega da prestação jurisdicional executiva.

REFERÊNCIA

ALVARES, Manoel, *Execução Fiscal: Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo:Saraiva , 1998.

ANDRIGHI, Fatima Nancy. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 55, nº 361, nov..2007.

CLEMENTE, Eduardo Silveira, *Revista Jurídica Consulex*, Rio de janeiro, nº 266, v.12, fev..2008.

CORREIA, André de Luizi. *Em defesa da penhora on line.. Revista de Processo* ,São Paulo, v. 30. nº. 125, jul..2005.

GUILHERME, Marinone Luiz, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 365, mar..2008.

SOUZA, Maria Helena Rau de, *Execução Fiscal*, São Paulo, Saraiva 1998.

PEREIRA, Rafael Coelho da Cunha. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v.55, nº 120, set.. 2005.

VIEIRA, Rubens Carlos. *Penhora On-line*. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, v. 9, nº 2002, jun..2005.

O TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Bruna Valões de Oliveira

*Analista Judiciário Adjunto - Vara Única de Execução Penal e
Corregedoria de Presídios da Comarca de Fortaleza-CE
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará –UFC
E-mail: brunavaloes2@yahoo.com.br*

RESUMO

Discorre sobre o papel do trabalho como instrumento de ressocialização do homem preso, as condições para deferimento e manutenção e as peculiaridades de cada regime de cumprimento de pena em relação ao trabalho. As considerações aqui apresentadas baseiam-se essencialmente na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e na jurisprudência dos tribunais superiores.

Palavras-chave: Trabalho do preso. Dignidade da pessoa humana. Ressocialização. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT:

It discusses the role of labor as an instrument of inmate's resocialization, the conditions for acceptance and maintenance and the peculiarities for each system of enforcement of penalty in relation to the work. The considerations presented here are based essentially on the Federal Constitution, the Criminal Execution Law and the jurisprudence of the superior courts.

Keywords: Inmate's work. Dignity of the human being. Resocialization. Criminal Execution Law.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o trabalho do homem preso, com as peculiaridades inerentes a cada regime de cumprimento de pena, ressaltando questões práticas relacionadas ao tema.

A vivência adquirida junto à Vara de Execução Penal e Corregedoria de Presídios da Comarca de Fortaleza despertou o interesse de expor a problemática referente ao instituto do trabalho, seja ele interno ou externo, especialmente quanto à eficácia do mesmo na busca de sua finalidade primeira: a reinserção social do preso.

Diversos são os autores que tratam do tema, em geral em obras destinadas a assuntos mais amplos, no entanto com um objetivo mais didático, de informar a respeito de conceitos e requisitos, sem uma visão mais crítica e desconsiderando suas conseqüências práticas.

Deste modo, com base na experiência dos problemas surgidos no dia-a-dia na VEC e na jurisprudência dos tribunais superiores, este trabalho se volta para aspectos práticos relativos ao assunto, a fim de avivar em outros profissionais o interesse e a reflexão sobre eles, os quais, posteriormente, poderão trazer relevantes contribuições tanto para o mundo jurídico como para toda a sociedade.

2 - Do trabalho

As penas surgiram da necessidade de reprimir e punir comportamentos contrários à harmônica convivência social. Com o desenvolvimento da civilização, as penas evoluíram até passarem a ser dotadas de caráter pedagógico.

No Brasil encara-se a sanção penal como instrumento de ressocialização daqueles que infringiram prescrições

penais, dessa maneira, a última coisa que se almeja é que a pena possa acarretar um sentimento de diminuição do preso como ser humano, seja em relação ao conceito que tem de si mesmo ou diante da sociedade. Isso de fato não se coaduna com os fins da execução penal, dentre os quais podemos citar proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da Lei de Execução Penal).

O homem produtivo vê seu próprio valor espelhado no fruto de seu trabalho, como a velha máxima já dizia: “O trabalho enobrece o homem”. E de fato é o que ocorre.

O recluso, além da limitação à liberdade de locomoção a que está submetido, tem a sensação de impotência agravada quando se encontra ocioso, pois muitas vezes deixa a família sem a única fonte de sustento que possuía, seja pelo trabalho digno que desenvolvia, seja pelos crimes que praticava.

É fato também que a grande massa que recheia nossos estabelecimentos prisionais conta com pouquíssima ou nenhuma instrução, e veio de famílias onde os vícios e a vadiagem eram os únicos exemplos. Não que pessoas humildes e sem instrução tenham que necessariamente seguir o caminho do crime, mas muitas vezes é o único por onde têm permissão para transitar.

A LEP é explícita em mencionar que o trabalho do condenado, além de dever social e condição de dignidade humana, tem finalidade educativa e produtiva (art. 28 da LEP).

Nossa Carta Magna inclui o trabalho dentre os direitos sociais, conforme podemos encontrar em seu art. 6º, assim como o art. 41 da LEP estabelece que, além de um dever, a atribuição de trabalho e sua remuneração é um direito do preso, enquanto o art. 39 da LEP estabelece que a execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas são deveres

do condenado, constituindo falta grave a sua inobservância (art. 50, VI e 51, III, ambos da LEP).

Pode parecer inadequado falar em direito do preso ao trabalho quando, muitas vezes, nos deparamos com pessoas “socialmente corretas” e que, no entanto, não conseguem uma fonte de renda capaz de custear o próprio sustento, mas o homem preso é tão humano quanto este outro que não violou nenhuma lei, o filho do homem preso também precisa estudar, comer e vestir-se, pois no fim são apenas a mesma coisa, também no tratamento destinado aos detentos impõe-se a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O próprio Código Penal estabelece que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38 do CPB), prescrição esta repisada no art. 3º da LEP, segundo o qual serão assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

O trabalho reveste-se de tal importância no aspecto da reinserção social do preso que, segundo o art. 114, I da LEP, somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, podendo dispensar-se dessa exigência condenados maiores de 70 anos, acometidos de doenças graves, condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental ou ainda condenada gestante (art. 117 da LEP).

Também se inclui como condição obrigatória ao beneficiário de livramento condicional obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho (art. 132, §1º, “a” da LEP).

Já no Capítulo II da LEP, que trata da assistência ao condenado, estabelece-se que a assistência ao preso é

dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (art. 10 da LEP).

Conta ainda a seção referente à assistência educacional, com disposição segundo a qual a aludida assistência compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso (art. 17 da LEP).

Esta prescrição muitas vezes não encontra correspondente prático, pois em raros casos há oficinas profissionalizantes capazes de preparar os apenados para o mercado de trabalho ou escolas que efetivamente contribuam para o desenvolvimento intelectual dos reclusos.

A depender do regime de cumprimento de pena imposto na sentença condenatória, irá variar o tipo de trabalho permitido aos apenados, como veremos:

Segundo o art. 34 do Código Penal, no regime fechado o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno, devendo este trabalho ser em comum dentro do presídio, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena, sendo ainda admissível o trabalho externo, desde que em serviços ou obras públicas.

Vale ressaltar que, na hipótese de trabalho externo para o condenado em regime fechado, faz-se necessária escolta permanente, evitando assim fugas.

Já em regime semi-aberto, o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, também se admitindo o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art.35 do CPB).

Nessa hipótese, dispensa-se a escolta policial, por tratar-se de regime menos rigoroso.

Já no regime aberto, o qual se baseia na autodisciplina

e senso de responsabilidade do condenado, este deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

É a última etapa do processo de ressocialização do apenado, quando, independentemente de fiscalização direta, o mesmo deve se submeter às condições a ele impostas no momento da concessão do benefício.

3 - Trabalho interno

Dispõe o art. 31 da LEP que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Neste ponto devemos voltar à Carta Magna que, em seu art. 5º, XLVII, “c”, prevê que não haverá penas de trabalhos forçados. Ou seja, o preso deve trabalhar dentro do estabelecimento prisional, no entanto, não pode ser obrigado a executar tarefas que extrapolem suas aptidões e sua capacidade, uma vez que, assim, como previsto no inciso XLIX, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Quanto ao tema, assim entende o STJ:

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO INTERNO. DESCUMPRIMENTO. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. REGRESSÃO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. POSSIBILIDADE.

I - Tendo em vista que questões suscitadas pelo impetrante,

consistentes na nulidade dos procedimentos administrativos em razão do descumprimento de prazos, no argumento de que só haveria uma falta grave ao invés de duas - vez que uma estaria absorvida pela outra - e na inconstitucionalidade da imposição de trabalho interno consistente em realização de faxina - por configurar pena de trabalhos forçados - não foram apreciadas pelo e. Tribunal a quo, fica esta Corte impedida de examiná-las, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - O apenado, no cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semi-aberto, deve submeter-se a regras de disciplina previstas nos diplomas normativos que regem a execução penal, incluindo-se em seus deveres o exercício satisfatório do trabalho interno (LEP, artigos 31 a 35), em atividades de manutenção do estabelecimento prisional, não ficando a seu alvedrio o momento e a forma como será realizado.

III - Constitui falta grave a recusa, pelo apenado, à execução de trabalho interno regularmente determinado pelo agente público competente, ex vi dos artigos 39, inciso V, e 51, inciso III, da LEP. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

(HC nº 84289/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Data do Julgamento: 04/03/2008, DJe 12/05/2008)

O trabalho do preso, conforme art. 28, § 2º da LEP, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobre o assunto, colhemos da jurisprudência do STJ o seguinte fragmento:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO. DEVER DO PRESO. INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO VOLITIVO. ARTIGO 114, INCISOS I E IX. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM.

1. O trabalho desenvolvido pelo condenado à pena privativa de liberdade constitui um dever que lhe é imposto pela Lei de Execução Penal.
2. Inexistindo o elemento volitivo na atividade exercida pelo preso, não se aplica o disposto no artigo 114, incisos I e IX, da Constituição Federal.
3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS. (CC nº 92869/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data do Julgamento 13/08/2008, DJe 19/09/2008)

Segundo Mirabete, essa obrigatoriedade do trabalho no presídio decorre da falta do pressuposto de liberdade, pois, em caso contrário, poder-se-ia considerar sua prestação como manifestação de um trabalho livre, que conduziria a sua inclusão no ordenamento jurídico trabalhista.²

Muito bem colocada é a disposição contida no art. 29, §1º, “d”, de que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender, entre outras despesas, ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação às despesas com indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios, assistência à família e pequenas despesas pessoais.

Seria em verdade uma contrapartida pelos serviços prestados pelo Estado ao preso, que tanto oneram os cofres públicos e hoje se acha consagrada no princípio do “*self supporting*”, segundo o qual as penitenciárias devem prover a sua manutenção.

Como bem concluiu o Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, em seu artigo intitulado “Da humanização das penas”³:

O alto custo de manutenção dos presídios afeta um Estado que tende a ser mínimo, vivendo às voltas com um déficit público perene. Prédios imensos demandam vultosas quantias para

² Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 261.

³ Cf. Rosa, F. *A humanização das penas*. REVISTA CEJ, América do Norte, 320 04 1999

construção e conservação, um pessoal especializado para guarda, controle e reeducação dos presos.

Difícil imaginar-se um gasto público nesse setor, quando se encontra sucateado o ensino, a rede hospitalar e ambulatorial, a segurança da sociedade enfim.

A jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas (com descanso nos domingos e feriados), conforme estabelece o art. 33 da Lei de Execução Penal.

3.1 Remição

A remição consiste em um direito do apenado de reduzir pelo trabalho na prisão o tempo restante da pena que cumpre em regime fechado ou semi-aberto, não pela abreviação do tempo de condenação, mas sim pela soma da parcela equivalente aos dias de trabalho ao tempo de pena já cumprido.

A cada três dias de trabalho no cárcere, o preso tem direito a um dia de remição da pena (art. 126 da LEP), o qual será considerado como dia de pena efetivamente cumprida, sendo contado inclusive para efeito de concessão de posteriores benefícios, como a progressão de regime.

Quanto ao tema, assim já se manifestou o STJ:

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS – REMIÇÃO DA PENA. DIAS REMIDOS QUE DEVEM SER CONSIDERADOS

COMO PENA EFETIVAMENTE CUMPRIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1- A interpretação mais benéfica do art. 126 da LEP confere aos dias trabalhados pelo réu o caráter de pena efetivamente executada, devendo ser acrescidos, portanto, ao tempo de pena já cumprido pelo acusado. Precedentes.

2- Ordem concedida, para que os dias remidos pelo paciente sejam computados como pena efetivamente cumprida, para fins de futuro cálculo para a obtenção de quaisquer benefícios da execução. (HC nº 100319/SP, Rel. Min. JANE SILVA (D E S E M B A R G A D O R A CONVOCADA DO TJ/MG), Data do Julgamento 26/05/2008, DJe 09/06/2008)

Quanto à contagem dos dias de trabalho, entende o STJ que acaso o preso desempenhe atividades laborais por um período inferior a seis horas diárias, devem-se somar as horas trabalhadas para completar o dia de trabalho.

Pela simples conceituação de remição evidencia-se que se trata de um benefício incompatível com o regime aberto e com o livramento condicional, pois nesses casos o apenado trabalha fora do estabelecimento prisional, e, como já foi dito, trata-se de verdadeiro pressuposto para recebê-los que o preso trabalhe, ou seja, tenha capacidade de desempenhar atividade lícita.

Logo, no momento de se analisar a existência do requisito objetivo para o deferimento de futuros benefícios como a progressão de regime e o livramento condicional, deve-se considerar a totalidade da pena imposta, mas ao tempo de pena cumprido deve-se somar os dias de remição a que o preso tiver direito.

Vale salientar que os dias de trabalho devem ficar comprovados de maneira clara, através de declaração precisa quanto ao período e aos dias efetivamente trabalhados, evitando-se assim o deferimento do benefício da remição mais de uma vez pelo mesmo intervalo trabalhado.

Apesar de não haver previsão expressa, doutrina e jurisprudência também admitem a remição da pena pelo estudo desempenhado no cárcere.

Sobre a possibilidade de remição de pena pelo estudo, favoravelmente já se consolidou a jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive em relação a pedidos de remição com fundamento em aulas telepresenciais, tendo sido editada a súmula 341 do STJ, com a seguinte redação: “A freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.

Para a concessão de remição é indispensável ainda a oitiva do Ministério Público. Além disso, a existência de certidão carcerária atualizada se faz imprescindível para a análise do comportamento do preso, que perderá o direito a remir a pena em caso de falta grave.

Uma vez punido por falta grave o sentenciado perderá o direito aos dias remidos, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar (art. 127 da LEP).

Neste ponto, surge a discussão a respeito da existência ou não de direito adquirido à remição, pois alguns juristas defendem que princípios como isonomia,

individualização da pena e dignidade da pessoa humana estariam sendo violados, no entanto a jurisprudência do STF já se encontra pacificada sobre o assunto, como veremos nos exemplos a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS: APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. É entendimento pacífico neste Supremo Tribunal no sentido de que a prática de falta grave durante o cumprimento de pena implica a perda dos dias remidos pelo trabalho do sentenciado, sem que isso signifique bis in idem ou afronta a direito adquirido e a ato jurídico perfeito. Precedentes. 2. Habeas corpus indeferido. (STF: 648 / RS – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA Dje-177, 19-09-2008, EMENT VOL-02333-03, PP-00480)

O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, ainda sem trabalhar, continuará a beneficiar-se com a remição, equiparando-se ao acidente de trabalho aquele ocorrido *in itinere*.

Surgiram alguns defensores da tese de que a perda dos dias remidos deveria limitar-se ao período de trinta dias anteriores ao cometimento da falta, por aplicação do art. 58 da LEP, o qual prescreve que o isolamento, a suspensão e

a restrição de direitos não poderão exceder a 30(trinta) dias.

Quanto ao tema, assim estabelece a súmula vinculante nº 9 do STF, confirmando o entendimento manifestado em decisões anteriores daquela Corte Constitucional: “O disposto no art. 127 da Lei nº 7.210/1984(Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

No mesmo sentido, segue a seguinte decisão:

EMENTA: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. REMIÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. SÚMULA VINCULANTE 9, STF. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127, LEP. DENEGAÇÃO. 1. O tema em debate neste habeas corpus já foi objeto de consolidação da orientação desta Corte através da edição do enunciado da Súmula vinculante nº 9: “O disposto no art. 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do art. 58”. 2. Há orientação pacificada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a perda dos dias remidos pelo trabalho, inexistindo motivo para se cogitar de eventual violação a

direito adquirido (HC 89.784/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 02.02.2007), bem como não há possibilidade de limitação da pena a apenas trinta dias (HC 89.528/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13.10.2006). 3. A perda do direito ao benefício da remição dos dias trabalhados em decorrência da falta grave não atenta contra o princípio da individualização da pena (AI-ED 601.909/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 06.10.2006), bem como não viola dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana (AI-AgR 580.543/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.06.2007). 4. Habeas corpus denegado. (HC nº 94497/RS, Rela. Min. ELLEN GRACIE Dje-182. 26-09-2008, EMENT VOL-02334-03, PP-00513).

A lei não impõe restrições em relação ao deferimento de remição em virtude do tipo de delito cometido, desse modo é possível, por exemplo, que um condenado por crime hediondo ou a ele equiparado seja beneficiado com remição do mesmo modo que aquele que cometeu um crime de natureza comum.

4 - Trabalho externo

O trabalho externo, como já foi anteriormente mencionado, poderá ser concedido a presos em regime fechado ou semiaberto, todavia, estando o preso cumprindo

pena em regime fechado, tal benefício poderá ser concedido exclusivamente em serviço ou obras públicas realizadas pela administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

O número de presos deverá limitar-se a 10% do total de empregados na obra (art. 36 da LEP).

Esta limitação facilita o controle por parte dos responsáveis pela escolta dos beneficiários do trabalho externo nesta circunstância, contribuindo assim para a segurança de todos, sociedade e preso.

No regime semiaberto não há escolta dos presos até o seu local de trabalho ou durante a execução das atividades laborais, e nessa comarca, devido à longa distância em que se encontra a Colônia Agropastoril do Amanari, onde se recolhem os sentenciados que cumprem pena no mencionado regime, os apenados aos quais se concede o trabalho externo apenas lá se recolhem nos finais de semana e feriados, permanecendo em suas residências nos dias de trabalho.

Não há vedação legal ao deferimento de trabalho externo a apenados pela prática de crimes hediondos ou delitos a eles equiparados.

Decidir sobre o deferimento ou não de pleitos de trabalho externo compete ao Juiz da Execução Penal, no entanto, há previsão legal de concessão desse benefício pela direção do estabelecimento, satisfeitos os requisitos subjetivos de aptidão, disciplina e responsabilidade, assim como o requisito objetivo, qual seja, o cumprimento de 1/6 (hum sexto) da pena (art. 37 da LEP).

Ressalte-se que para o Juiz não se faz necessário observar o lapso de 1/6 (hum sexto) da pena, mas apenas será ele exigido quando a própria direção prisional deferir o benefício.

Se de outro modo fosse restaria esvaziado de serventia referido instituto, pois cumprido o referido lapso temporal, o preso teria condições de ser beneficiado com progressão para regime mais brando, não fazendo sentido que requeresse apenas o trabalho externo.

Quanto ao tema, assim é a jurisprudência do STF:

**EMENTA: 'HABEAS CORPUS'.
REGIME SEMI-ABERTO.
TRABALHO EXTERNO.
RECLAMAÇÃO DE ASSISTENTE
DE ACUSAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO. ARTIGOS 33 E 59 DO
CÓDIGO PENAL E 37 DA LEP.
CABE AO JUIZ SENTENCIANTE,
PONDERADOS OS
PRESSUPOSTOS DO ART. 59 DO
CP E OBEDECIDO O ART. 33 DO
MESMO CÓDIGO ESTABELECE
O REGIME DE CUMPRIMENTO DA
PENA, INCLUSIVE ADMITINDO, OU
NÃO, O TRABALHO EXTERNO
(ARTIGOS 34, PARAGRAFO 3., E
35, PARAGRAFO 2. , DO CP). O
ARTIGO 37 DA LEP DIRIGE-SE A
DIREÇÃO DO
ESTABELECIMENTO ONDE SE
CUMPRE A PENA, COM AS
CONDIÇÕES QUE ESTABELECE,
NÃO ENTRANDO EM CONFLITO
COM AQUELAS NORMAS DA LEI
PENAL. 'HABEAS CORPUS'
DEFERIDO. (STF: 566 / RJ – Rel.
Min. OSCAR CORREA, DJ 10-04-**

1987 PP-06417, EMENT VOL-
01456-01 PP-00138)

Ainda reforçando a tese já defendida, assim se manifestou a jurisprudência do STJ:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. DE S N E C E S S I D A D E . PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que se admite a concessão de trabalho externo a condenado em regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena ou de qualquer outro lapso temporal, após a análise criteriosa, pelo Juízo da Execução, das condições pessoais do preso. Precedentes.

2. Em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, tão-só e apenas para que o Juízo da Execução Penal aprecie o requerimento de trabalho externo, decidindo-o como entender de direito, afastado o óbice do requisito temporal

exigido pelo Tribunal Estadual. Agravo Regimental prejudicado. (HC nº 92320/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data do Julgamento 11/03/2008, DJe 07/04/2008)

Outrora, quando as direções dos presídios apenas comunicavam que haviam concedido trabalho a determinados presos e solicitavam a homologação do Juízo da Execução Penal, o índice de reincidência era enorme, pois muitas vezes as propostas de emprego haviam sido “compradas”, ou procediam de empresas inexistentes, servindo apenas como subterfúgio para os presos se esquivarem de cumprir a condenação a eles imposta e antes mesmo de ser possível homologar aquele benefício concedido eles já estavam outra vez recolhidos pela prática de novos delitos.

Tanto procede a presente afirmação que uma vez baixada uma portaria exigindo que na declaração de emprego constasse o reconhecimento da firma do empregador, bem como a juntada ao pedido de trabalho externo de comprovante de inscrição cadastral da empresa junto à Receita Federal, a fim de verificar a regularidade da existência da empresa empregadora, o número de pedidos de trabalho externo teve uma queda vertiginosa, reduzindo por via oblíqua a reincidência.

Outra medida tomada pelo mencionado Juízo para inibir as falsas ofertas de emprego foi a determinação de diligência de averiguação, em que o oficial de justiça comparece ao local indicado no documento de inscrição cadastral como endereço da empresa e pode assim constatar se de fato a empresa existe e funciona e se há capacidade empregatícia para receber o preso, verificando

inclusive se o limite quantitativo de contratação de presos, estabelecido na LEP, que é de 10%, está sendo observado.

Desse modo, já foram indeferidos pelo referido juízo diversos pedidos de trabalho externo, por serem baseados em cartas de emprego descobertas falsas, pelos mais diversos motivos, sendo o mais comum ter deixado a empresa de funcionar ou ainda nunca haver o responsável pela empresa ofertado a fictícia vaga de trabalho.

Uma vez deferido o trabalho externo, poderá ser revogado se o preso vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave ou tiver comportamento contrário aos requisitos de aptidão, disciplina e responsabilidade (art. 37 da LEP), ou seja, ele precisa se manter merecedor dessa benesse.

Diante das medidas moralizadoras adotadas na Vara de Execução Penal desta Comarca referentes ao trabalho externo, este benefício que em outros tempos liderava o *ranking* como um dos mais requeridos, hoje é pleiteado em número consideravelmente menor, pois apenados e advogados já estão cientes de que cada proposta de emprego será efetivamente averiguada.

Historicamente havia um outro vício, hoje igualmente superado, a oferta de emprego com remuneração inferior ao salário mínimo.

5 - CONCLUSÕES

O trabalho é sim para o preso um dever, mas é essencialmente um direito.

É fundamental que o preso tenha a sua disposição a oportunidade de trabalhar dentro do presídio, contribuindo com as despesas que ele representa para o Estado e para a manutenção de sua família, e ainda, uma vez detentor dos requisitos suficientes para tanto, trabalhar fora do presídio,

quando terá oportunidade de ensaiar o seu efetivo retorno à vida em sociedade.

É preciso ainda que os estabelecimentos prisionais estejam preparados para, além de cercear a liberdade dos homens lá recolhidos, contribuir com o desenvolvimento daqueles que lá se encontram, ampliando assim os horizontes daqueles que antes se viram tão sem perspectiva que arriscaram um de seus mais valiosos bens, a liberdade, seguindo pelo caminho do crime.

REFERÊNCIAS

MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11.07.1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 19, ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Rosa, F.. *A humanização das penas*. Revista CEJ, América do Norte, 320 04 1999.

CONCILIAÇÃO: uma forma alternativa para solução de litígios, dos Juizados Especiais à luta pelo Conselho Nacional de Justiça

Adna Landim Facundo

Aluna do curso de pós-graduação lato sensu Especialização em Administração Jurídica, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), sob orientação da Professora Fernanda Cláudia Araújo da Silva, Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, e professora do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Resumo

Análise da importância da mediação para o acesso à justiça como uma forma de concretização dos princípios constitucionais. O artigo ressalta o papel da mediação e seus princípios demonstrando o impacto positivo da prática da mediação nos conflitos sociais solucionados, vislumbrando a concretização dos seguintes princípios constitucionais: o da Dignidade da Pessoa Humana e o do Acesso à Justiça. Demonstra ainda o aumento da prática de mediação com as casas de mediação ou convênios entre as universidades e os órgãos institucionais interessados em difundir tal prática na solução de conflitos, também destaca a aplicação da conciliação nos juizados especiais cíveis. Conclui-se que, pela mediação, ocorre a efetivação dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça, com a inserção do indivíduo excluído socialmente, e o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Mediação. Princípio Dignidade da Pessoa Humana. Princípio do Acesso à Justiça. Conciliação nos Juizados Especiais Cíveis.

Sumário: Introdução – 1 Dos Juizados Especiais: da sua criação nos estados e na jurisdição federal – 1.1 Os Juizados Especiais e sua instituição efetiva; 1.2 A conciliação como elemento regedor dos Juizados Especiais; 1.3 A tutela constitucional dos Juizados Especiais - 2 A conciliação nos juizados – 2.1 Definição de conciliação e seus efeitos; 2.2 O Conselho Nacional de Justiça e conciliação – 3 A conciliação na solução de litígios: dos juizados especiais à luta pelo conselho nacional de justiça; 3.1 Técnicas de conciliação nos Juizados Especiais: uma especificidade aplicada aos Juizados Federais; 3.2 O papel do juiz na audiência de conciliação; 3.3 Dificuldades da conciliação enfrentadas nos Juizados Especiais Federais; 3.4 O momento atual da conciliação pelo Brasil – Conclusão e Referências.

Introdução

O escopo maior dos Juizados Especiais, como meio alternativo de solução de conflitos, é a conciliação. Assim, pela prática nessa área, é possível dizer que seu grande diferencial em relação à justiça tradicional reside justamente na primeira fase procedimental, na qual se busca a autocomposição por meio de técnicas de aproximação das partes e tentativas de se resolverem as controvérsias da forma menos danosa aos envolvidos no litígio, principalmente para a autora da ação, pois esta é a parte hipossuficiente da relação processual.

No entanto, quando uma das partes da demanda é um ente público, figurando este no pólo passivo da demanda, a autocomposição tendente à conciliação nem sempre ocorre nesse primeiro momento, em face das limitações de ordem administrativa impostas aos seus representantes legais, no caso, os procuradores autárquicos federais.

Os conciliadores concursados³ que desempenham esse mister, o papel dos juízes nas audiências conciliatórias e as técnicas de conciliação utilizadas são fatores importantíssimos no momento da negociação.

Outro aspecto relevante diz respeito à grande demanda de ações intentadas nos Juizados Especiais Estaduais e Federais, os quais, devido a esse fato, uma grande evolução do processo de conciliação entre as partes começou a fluir, massificada justamente pela necessidade de o ente público réu desafogar, também, suas procuradorias federais já tão assoberbadas de processos judiciais.

1 Dos juizados especiais: da sua criação nos estados e na jurisdição federal

O Poder Judiciário sempre foi e ainda é criticado pela sua morosidade de dar a prestação jurisdicional final aos que lhe procuram, porém não se podendo esquecer, ainda, o fato de que o acesso à Justiça, até pouco tempo, ficava bem distante da parcela menos favorecida da população, que, na impossibilidade financeira de contratar advogado e diante da precária defensoria pública, via seus direitos esmaecer à míngua de acesso à Justiça.

De acordo com Silva (2002), o que se leva a reconhecer o distanciamento do cidadão carente à Justiça são os fatores econômicos, sociais e culturais.

Assim, sendo aquele cidadão pobre portador de uma causa, que para outro cidadão comum não seja tão importante e relevante, para ele, que é mais necessitado, tal causa tem enorme relevância e serventia. São, por exemplo, causas envolvendo pequenas quantias em dinheiro, objeto de pequeno valor econômico, etc., que para ele não se resolveria pelo caminho da Justiça tradicional, ante a sua inacessibilidade.

Bem por isso, na busca de se cumprir o princípio constitucional que venha a garantir a todos o amplo acesso ao Judiciário, foram instituídos os Juizados Especiais, sendo relevante frisar, como bem salientam Tourinho Neto e Figueira Júnior (2002), que, apesar de se buscar uma justiça, na qual todos tenham acesso e com solução célere, os Juizados devem primar sempre pela segurança jurídica, sem qualquer violação ao contraditório e à ampla defesa, já que a própria Constituição Federal de 1988 previu, em seu Art. 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais.

1. Os Juizados Especiais e sua instituição efetiva

O primeiro passo veio com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da esfera estadual.

No âmbito federal, a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1998, introduziu o parágrafo único no Art. 98 da Constituição Federal e determinou a criação de Juizados Especiais na Justiça Federal, suprimindo a omissão constante da Constituição de 1988, que referira a instalação desses Juizados apenas na Justiça Estadual, ficando, a partir daí, na dependência de legislação ordinária.

Em 12 de julho de 2001, foram instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito federal, que se deu por meio da Lei nº 10.259/2001, para entrar em vigor 6 (seis) meses depois, nos termos do Art. 27. Desse modo, em janeiro de 2002, os Juizados Federais foram implantados em todo o Brasil, por intermédio dos cinco Tribunais Regionais Federais.

A Lei nº 9.099/95 aduz, no Art. 2º, que o juiz deve buscar, sempre que possível a conciliação e a transação.

Já a Lei nº 10.259/2001, no seu Art. 1º, estabelece a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da

Justiça Federal, aos quais se aplica no que não se conflite com a referida lei o disposto na Lei nº 9.099/1995. Isso possibilita a abertura de um espaço para práticas inovadoras por parte dos juízes, ou seja, a conciliação.

1.2. A conciliação como elemento regedor dos Juizados Especiais

Há para a conciliação, como fundamentação jurídica da sua prática, diversas disposições legais, seja do Código de Processo Civil de 1973 (Arts. 125, IV, 269, III, 277, 331, 448, 449, 584, III, e 475-N, III e V, inserido pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005), do Código Civil (Art. 840, correspondente ao Art. 1.025 do Código Civil de 1916), da Lei de Arbitragem (Arts. 21, § 4º e 28), do Código de Defesa do Consumidor (Arts. 5º, IV, 6º, VII, e 107) ou, ainda, da Lei nº. 9.099/95 dos Juizados Especiais, na qual se consagra como princípio jurídico (art. 2º), conforme transcrito acima, e, ainda, na Lei nº 10.259/2001.

1.3 A tutela constitucional dos Juizados Especiais

A Constituição Federal, lei maior e que se sobrepõe a qualquer ato normativo, também prevê a pacificação social como um dos objetivos fundamentais da nação, atribuindo ao juiz, como agente político, a implementação de alternativas jurisdicionais, adequadas e céleres, para a consecução desse objetivo.

Os comandos Magnos, previstos nos Arts. 3º, inciso I, e 5º, inciso LXXVIII, dizem o seguinte:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

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:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nos Juizados Especiais Cíveis, tanto no estadual como no federal, não é permitida a impetração de qualquer tipo de ação, as leis trazem as hipóteses de exclusão das demandas que ali serão intentadas. E isso tem uma razão de ser, porque, se assim não fosse, de nada adiantariam suas criações, pois continuariam reinando as mesmas mazelas da justiça tradicional, notadamente, a morosidade e a infinidade de recursos ao alcance das partes, tal como previstas no Código de Processo Civil Brasileiro.

Dentre outras, que logo adiante são mencionadas, destaca-se o valor de alçada. A Lei nº 9.099/95, em seu Art. 3º, inciso I, fixa o valor da alçada não excedente a 40 (quarenta) vezes o salário-mínimo vigente à data do ajuizamento da ação. Já a Lei nº 10.259/2001 fixa como valor de alçada o correspondente a 60 (sessenta) salários-mínimos, também quando do ajuizamento da ação. Na

apuração do valor atribuído à causa, computam-se a soma do valor principal e seus acessórios, como juros legais e correção monetária, devidos até a data do ajuizamento da ação.

Dessa forma, além das causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário-mínimo, nos Juizados Especiais Estaduais somente promovem a conciliação, processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas as enumeradas no Art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil, a ação de despejo para uso próprio, as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente 40 (quarenta) salários-mínimos, estando excluídas, assim, as demais hipóteses, as quais serão apreciadas pela Justiça comum.

Já nos Juizados Especiais Federais, a Lei nº 10.259/2001, Art. 3º, § 1º, exclui da sua competência as causas referidas no Art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, bem como as causas que recaiam sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais, as questões para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo a de natureza previdenciária, a de lançamento fiscal e, ainda, as que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis, ou ainda as de sanções disciplinares aplicadas a militares.

É oportuno dizer que, superando o valor da causa ao valor da alçada, nos Juizados Especiais Estaduais, a impetração da ação em uma de suas unidades importa em renúncia tácita do crédito excedente. Já nos Juizados Especiais Federais, a renúncia ao excesso deve ser

expressa. Dessa forma, caso o autor da demanda não renuncie expressamente no bojo do processo, este será de logo extinto sem resolução do mérito, tendo em vista a falta de competência absoluta do Juizado Especial Federal para o seu processamento.

Observa-se, portanto, que, puxada pelos comandos constitucionais e leis ordinárias vigentes no Brasil, a conciliação, estando esta causa dentro dos limites de competência dos Juizados Especiais, tem-se tal meio como resolução de conflito, que é o foco maior dos Juizados Especiais, tanto é que a promoção dessa iniciativa deve ser de plano adotada pelo magistrado ou conciliador no primeiro encontro entre os litigantes, ou em qualquer momento das fases processuais seguintes, quando não há o acordo num primeiro momento.

2. A conciliação nos juizados

A conciliação é o maior trunfo dos Juizados Especiais, sem deixar de lado, é claro, as inovações trazidas por suas leis instituidoras, bem como os princípios básicos que os regem, em que se destacam a simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, todos caminhando juntos para uma justiça de resultado mais eficiente e eficaz.

Assim, diante de tantas inovações, crê-se que é possível resolver mais rapidamente o conflito potencializado entre as partes no âmbito dos Juizados Federais, empregando como perspectiva disso a técnica da conciliação.

2.1 Definição de conciliação e seus efeitos

Segundo Bacellar (2003), a conciliação é o acordo de

vontades, em que as pessoas fazem concessões mútuas a fim de solucionar o conflito. Assim, a conciliação nada mais é que uma espécie de negociação entre autor e réu da demanda, com concessões recíprocas, presidida pelo conciliador, cujo objetivo real e final é se chegar a um acordo para por fim ao processo e extingui-lo com julgamento de mérito, esvaziando, desse modo, a Justiça.

Deve-se levar em conta, ainda, que no processo de conciliação as partes devem-se render e ceder às negociações. Dessa forma, podem-se considerar vencedores e vencidos da demanda ao mesmo tempo, já que negociaram e chegaram a um acordo, o que no final das contas todos saem ganhando. Ganha o autor porque teve seu pleito alcançado rapidamente, embora com alguma diminuição. E ganha a parte demandada, porque, prevendo uma possível condenação, com certeza, sobre os efeitos da decisão, isso lhe seria mais oneroso.

Na verdade, quem mais se beneficia numa transação de conciliação é a União, suas empresas, autarquias ou fundações, visto que, proporcionado o acordo, o Estado-Nação tem a oportunidade de fazer uma grande economia, pois, nessa modalidade de negociação, não incidem honorários sucumbenciais, os quais são devidos quando o processo se encontra em segundo grau de jurisdição, assim como também reduz significativamente os valores vencidos a pagar numa possível e quase certa condenação judicial.

Verificou-se também que, na efetivação do acordo em conciliação, ganha também a sociedade, e também o órgão judicante, deste são poupados os inegáveis custos processuais, materiais e também pessoais, gerando sobremaneira a descarga física e psicológica dos servidores, magistrados, procuradores e advogados, o que possibilita a estes uma melhor qualidade de vida, já tão demasiadamente estressados dada a grande quantidade

de processos e trabalhos impostos pelo sistema processual vigente no Brasil.

É forçoso lembrar ainda que, na negociação, também sai ganhando o advogado subscritor do litígio, pois, assim sendo, alcança um ritmo acelerado do processo e uma resposta efetiva e concreta aos desejos da parte que lhe contratou, trazendo-lhe prestígio e, por conseqüência, a conquista de novos clientes.

2.2 O Conselho Nacional de Justiça e conciliação

Bem por isso, o Conselho Nacional de Justiça, em movimento pela conciliação, milita ser a conciliação um dos meios alternativos de resolução de conflitos potencializados entre as partes, na qual o conciliador, uma terceira pessoa de plena confiança das partes, e neutra também, exerce a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo.

Na verdade, o conciliador é uma pessoa da sociedade que atua voluntariamente, após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

De conformidade com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a conciliação favorece o processo de paz social ao fomentar a cultura do diálogo e tornar a Justiça mais efetiva e ágil, com a redução do número de conflitos litigiosos e do tempo para a análise dos processos judiciais.

As informações colhidas no CNJ dão conta, ainda, de que a taxa de conciliação no Brasil ainda é muito baixa, entre 30% (trinta por cento) e 35% (trinta e cinco por cento), enquanto que nos países desenvolvidos esse índice chega a 70%. Para reverter essa situação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou em 23 de agosto de 2006 o

Movimento pela Conciliação, com o intuito de difundir uma nova cultura no país para a resolução de conflitos.

3. A conciliação na solução de litígios: dos juizados especiais à luta pelo conselho nacional de justiça

Muito embora a Lei nº 10.259/2001, a exemplo da Lei nº 9.099/95, tenha vindo prestigiar a idéia da participação da sociedade na administração da Justiça quando previu, em seu bojo, a figura do conciliador, necessárias se fazem algumas considerações acerca do papel destes auxiliares da Justiça, criado, segundo posição doutrinária, para funcionar como multiplicador da capacidade de trabalho do juiz.

A figura do conciliador na lei instituidora dos Juizados Especiais Estaduais, ou seja, a Lei nº 9.099/1995 está prevista no Art. 73 nos seguintes termos:

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Já na Lei nº 10.259/2001, criadora dos Juizados Especiais Federais, está presente no Art. 18, assim:

Art. 18. Os Juizados Especiais serão instalados por decisão do Tribunal Regional Federal. O Juiz presidente

do Juizado designará os conciliadores pelo período de dois anos, admitida a recondução. O exercício dessas funções será gratuito, assegurados os direitos e prerrogativas do jurado (art. 437 do Código de Processo Penal).

Segundo Parizatto (2001), o conciliador alia a seu *status* de cidadão à qualidade de estudante ou já bacharel em Direito, o que lhe confere, a teor do que disciplina, o Art. 73 da Lei nº 9.099/95, a condição de auxiliar da Justiça para exercer um múnus público. É o terceiro neutro que deve ter conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo; sua função é restabelecer a comunicação entre as partes, apenas conduzindo as negociações, ou seja, instruindo as partes quanto à maneira mais conveniente de se portarem durante o curso do processo, a fim de obterem a sua efetiva concretização.

O conciliador deve garantir às partes que a discussão deverá proporcionar um acordo fiel ao direito da comunidade na qual eles vivem moral e justamente, devendo, por isso, conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em discussão.

Entretanto, no caso dos Juizados Especiais Federais, mais precisamente na Seção Judiciária do Estado do Ceará, a figura do conciliador, ou seja, aquele bacharel tal como especificado na Lei nº 10.259/2001, restou abolida pela própria essência e praticidade mostrada na audiência inaugural conciliatória. Na prática, o ente era citado e intimado em ato único para contestar a ação e comparecer à audiência conciliatória. Ocorria que o procurador federal do ente promovido comparecia, mas não para conciliar, mas unicamente para entregar contestação escrita e mostrar a

impossibilidade de apresentação de proposta de acordo, tendo como justificativa a necessidade de estudo aprofundado do pedido formulado pela parte autora e de ausência em seu poder de parâmetros administrativos que não lhes eram disponibilizados de imediato.

Diante de tantas audiências infrutíferas, quedou-se por bem em se suprimir a fase exclusiva para conciliação, passando-se à instauração de audiência para proposta de conciliação, instrução e produção de sentença a um só tempo, todas estas presididas pelo magistrado, poupando assim novas intimações e diligências claramente dispensáveis.

1. Técnicas de conciliação nos Juizados Especiais: uma especificidade aplicada aos Juizados Federais

Leciona Silva (2007) que toda atividade humana, da mais simples às mais complexas, exige uma técnica, uma tecnologia, um modo de proceder organizado, planejado, fruto de um conhecimento empírico, científico ou de ambos. E prossegue dizendo o doutrinador que a verdade disso está nos resultados do emprego da técnica, já que, quanto mais favoráveis e expressivos, com mais certeza se estará diante de uma boa técnica, de uma forma de proceder adequada aos fins e resultados propostos.

Nos Juizados Especiais Federais, a técnica de conciliação caracteriza-se pela necessidade de interação, conveniência e diálogo com os órgãos públicos federais que figuram no pólo passivo da relação processual. Por trás destas entidades públicas há seus procuradores federais, quer dizer, há uma dimensão humana em toda a operação conciliatória, e, sem o contato pessoal com as pessoas envolvidas na relação processual, a conciliação se mostraria quase que inócua, porque a outra saída seria a ultrapassada manifestação escrita, de cunho puramente frio, distante do

calor humano, impessoal e, na maioria das vezes, sem êxito, já que nesta modalidade não se tem espaço e leque para apresentação de outras propostas e contrapostas.

Diferentemente da Justiça Federal tradicional, os Juizados Especiais Federais primam pelo princípio da informalidade com o fito de buscar a tão almejada celeridade processual. Com isso, almejou a produção e fortalecimento de parcerias com os órgãos e entidades demandadas, por intermédios dos seus respectivos chefes regionais, o que facilitou, em muito, a propagação de acordos em audiência una de conciliação, instrução e julgamento.

Dada essa importantíssima aproximação pessoal de inter-relacionamento juiz, autor, réu e advogado, o magistrado abandona o formalismo e adota uma postura pró-ativa, pois estabelecida está uma estreita relação entre si, e, nesse momento, se conhece a realidade da organização demandada, com suas dificuldades e potencialidades, e conhecendo tais pontos evita o magistrado a adoção de medidas judiciais distantes da realidade, previne mal-entendidos, e isso flui naturalmente aberturas para o diálogo, negociação e formação de acordos, tornando-os mais transparente, real e concreto.

Na verdade, o magistrado quando abre o canal de comunicação na audiência una de conciliação, instrução e julgamento, já está ele municiado de todas as hipóteses possíveis para que seja formalizado acordo entre as partes, seja porque a causa em debate já está pacificada nos Tribunais, no sentido de garantir o direito da parte promovente, seja porque a matéria é de fácil compreensão e deslida.

2. O papel do juiz na audiência de conciliação

Na audiência, deve o juiz criar situações e condições para que se alcance a conciliação. Preliminarmente, o juiz

deixa as partes à vontade para que haja a negociação, intervindo sempre que necessário para facilitar a realização de um possível acordo.

Porém, se as partes não chegarem a um denominador comum, seja pela falta de apresentação de proposta de acordo, seja porque a proposta apresentada não foi aceita pela parte adversa, aí começa a importantíssima intervenção do juiz conciliador.

Mostra o juiz para ambas as partes as vantagens da negociação e formalização do acordo, como, por exemplo, o imediato alcance da tutela jurisdicional almejada, a economia de tempo, ou até mesmo o risco de uma possível reforma em instância superior, caso julgue favorável ao pleito do autor. Assim conduzindo, quando há apresentação de proposta por parte do ente público federal, o que já se considera uma grande vitória do demandante da ação, investe o juiz com todas as armas que dispõe para que seja concretizado o acordo.

Nessa linha de raciocínio, Silva (2007, p.122) leciona o seguinte:

Cabe ao juiz criar as condições propícias à conciliação. A velha postura de equidistância das partes deve ser repensada, com a aproximação e contato mais freqüentes com os atores processuais, em particular, para criar um clima de co-responsabilidade pelo futuro do processo. Da mesma forma, deve o juiz investir em todas as medidas possíveis para criar um clima de cordialidade com procuradores e advogados,

discutindo as rotinas mais relevantes da Vara com eles antes da sua implantação, como, por exemplo, a quantidade de processos remetidos aos entes públicos para defesa, forma de pagamento das Requisições de Pequeno Valor com os advogados, possibilidade de manifestação por cotas nos autos, etc. Isto porque, sem um clima de colaboração, harmonia e busca pela Justiça não é possível a substituição do paradigma da litigiosidade e, muito menos, a gênese de um ambiente propício às conciliações.

3. Dificuldades da conciliação enfrentadas nos Juizados Especiais Federais

Como bem adianta Silva (2002), a conciliação nos Juizados Especiais Federais é extremamente difícil, pois, ao contrário dos Juizados Especiais Estaduais, onde predominam os interesses de particulares, os interesses da Fazenda Pública Federal, como bens jurídicos de natureza indisponíveis, prevalecerão nos Juizados Federais. Por isso a conciliação se torna difícil, mormente quando não estão presentes todos os requisitos para o reconhecimento do pedido pela parte ré. Não bastasse isso, percebe-se que a mentalidade dos procuradores federais é totalmente redimensionada para tal fim, pois eles têm receio de conciliar, transigir ou desistir, em face da idéia preconcebida, já inculcada ao longo do tempo, de que o procurador tem sempre que recorrer, para evitar que o pagamento contra o ente público seja rápido.

Outro receio é a possibilidade de fraude que induziria um acordo com prejuízo para o Poder Público. Outras vezes ficaria totalmente impossibilitada a tentativa de conciliação, pois seria indispensável a audiência de instrução e julgamento.

Dificuldade enfrentada também se refere aos casos de revisão de benefício previdenciário, nos quais o procurador autárquico do INSS não tem como avaliar, naquele momento, se o direito do autor está acima ou abaixo do pretendido ou mesmo se tem direito ao que postula, pois, nesse tipo de ação, o procurador necessita de auxílio do setor de benefício da Previdência ou mesmo da realização de perícia judicial, o que estaria fora da instância de conciliação.

Da mesma maneira são as ações promovidas em face da Caixa Econômica Federal, nas quais se discute matéria pertinente ao Sistema Financeiro da Habitação, daí, diante da presença de cálculos complexos, pois a parte demandante sempre alega a existência da prática de anatocismo na avença pactuada, e assim fica inviabilizada qualquer tentativa de conciliação, pois precisaria antes de uma análise por parte de um perito contábil.

Na verdade, o ente público somente propõe acordo quando não lhe resta mais nenhuma dúvida acerca do direito da parte demandante, e isso nunca ocorre na audiência inaugural nem no ato da apresentação da contestação, ante a ausência de elementos que firmem a convicção.

A proposta, via de regra, é apresentada depois que o processo se encontra totalmente instruído, pronto para julgamento. No caso do INSS, quando as provas constantes nos autos e os depoimentos testemunhais corroboram com o autor do referido processo, a proposta apresentada pelo representante da autarquia é sempre nociva ao postulante. Isso porque, na existência de verbas vencidas, sempre

presente na maioria dos litígios contra o INSS, é ofertada a proposta de acordo de pagamento dos valores vencidos devidos ao autor da ação, no percentual de 70% (setenta por cento), e a implantação do benefício buscado para cumprimento no prazo de 30 (trinta) dias.

O que se nota é que o ente público, ao perceber a probabilidade de êxito do autor, cuida logo de propor acordo nos termos acima dito, porque assim abocanha 30% (trinta por cento) do valor devido ao demandante, relativos às parcelas vencidas.

A parte demandante, por outro lado, já sofrida com a demora da concessão do benefício na via administrativa, aliado ainda ao medo da demora judicial, acaba aceitando a proposta, uma vez que as pessoas que procuram benefícios na orla previdenciária estatal são pessoas idosas ou doentes, ou então estão sofrendo pela perda de um ente querido da família, quando se trata de benefício de pensão por morte.

4. O momento atual da conciliação pelo Brasil

A mentalidade dos procuradores e dirigentes dos entes públicos vem mudando gradativamente, progredindo para os rumos das negociações, calcados, precisamente, no Decreto nº. 4.250, de 27 de maio de 2002, Portarias no. 505, de 19 de junho de 2002, revogada pela Portaria nº 109, de 30 de janeiro de 2007, expedidas pelo Advogado-Geral da União.

O Decreto Presidencial nº 4.250/2002 regulamenta a representação judicial da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais perante os Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

O referido Decreto dispõe sobre a competência do

advogado-geral da União para expedir instruções e diretrizes básicas para conciliação, transação e desistência do pedido e do recurso, quando interposto.

Impende transcrever os Arts. 1º. e 2º. e parágrafos do referido decreto, nos seguintes termos:

Art. 1º Nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional, e as autarquias, fundações e empresas públicas federais, pelas respectivas procuradorias e departamentos jurídicos, ressalvada a representação extraordinária prevista nos

§ 1º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, os Procuradores-Gerais, os Chefes de procuradorias ou de departamentos jurídicos de autarquias e fundações federais e os dirigentes das empresas públicas poderão designar servidores não integrantes de carreiras jurídicas, que tenham completo conhecimento do caso, como auxiliares da representação das respectivas

entidades, na forma do art. 10 da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

§ 2º O ato de designação deverá conter, quando pertinentes, poderes expressos para conciliar, transigir e desistir, inclusive de recurso, se interposto.

Art. 2º Compete ao Advogado-Geral da União expedir instruções referentes à atuação da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, bem como fixar as diretrizes básicas para conciliação, transação, desistência do pedido e do recurso, se interposto.

§ 1º Respeitadas as instruções e diretrizes fixadas pelo Advogado-Geral da União, os Procuradores-Gerais da União, da Fazenda Nacional e do Instituto Nacional do Seguro Social poderão expedir instruções específicas para as respectivas procuradorias.

§ 2º As empresas públicas da União observarão as instruções e diretrizes fixadas pelo Advogado-Geral da União para atuação nos Juizados Especiais Federais, podendo propor a este normas específicas e adaptadas a seus estatutos e à sua natureza jurídica.

Foi com base na competência outorgada pelo Decreto nº 4.250/2002 que o advogado-geral da União expediu a Portaria nº 505, de 19.06.2002, a qual foi posteriormente revogada pela Portaria 109, de 30 de janeiro de 2007, da lavra da mesma autoridade, dispondo sobre a necessidade de orientar a atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos a ela vinculados, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, nos seguintes termos:

Art. 1º Nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional. Parágrafo único. A representação das autarquias e fundações federais incumbe à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nas respectivas áreas de competência.

Art. 2º Estão autorizados a transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, os representantes judiciais da União e das autarquias e fundações em exercício nos órgãos

mencionados no art. 1º.

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I - houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e

II - inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

§ 1º A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer das situações.

§ 2º Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, observado o disposto no art. 260 do Código de Processo Civil.

§ 3º Não serão objeto de acordo:

I - as hipóteses em que se discute

penalidade aplicada a servidor;

II - os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assumida, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado; e

III - o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73, de 1993 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão.

§ 4º Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

§ 5º Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, o advogado ou procurador poderá solicitar ao juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário.

Art. 4º Os representantes judiciais da

União, autarquias e fundações públicas federais deverão, em três dias, a contar da citação recebida, solicitar aos órgãos da administração pública federal informações e documentos necessários ao deslinde da causa, fixando o prazo máximo de dez dias para resposta.

§ 1º A resposta deverá vir acompanhada dos documentos necessários à instrução da causa, inclusive planilha de cálculos que identifique o valor da pretensão do autor da ação.

§ 2º Nos processos em que a União figure como ré, tais solicitações deverão ser encaminhadas às Consultorias Jurídicas dos Ministérios a que se referirem às causas.

§ 3º As informações previstas no caput, sempre que possível, deverão ser solicitadas e respondidas por meio eletrônico.

Art. 5º Os dados relativos aos acordos firmados pelos órgãos jurídicos da União, autarquias e fundações públicas deverão ser informados, por meio eletrônico, aos órgãos centrais da Procuradoria-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central

do Brasil, conforme o caso, para sistematização e divulgação.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Fica revogada a Portaria/AGU nº 505, de 19 de junho de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 24 de junho de 2002.

Como se percebe, o grande objetivo dos Juizados Especiais Federais é solucionar os conflitos de maneira célere e de forma menos danosa para as partes mediante a conciliação. A realização de conciliação está prevista no Art. 10 da Lei nº 10.259/2001, que menciona o seguinte:

Art. 10º As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Segundo Silva (2007), pela clareza do dispositivo acima transcrito, não era necessária a sua regulamentação, já que confere, de forma clara, poderes especiais ao procurador/advogado do ente público demandado, assim como ao representante indicado pela parte autora para a realização de acordos.

Ainda prossegue o referido doutrinador dizendo que a

regulamentação de tal artigo se deu graças à tradição formalista brasileira, daí ter sido imprescindível que o Poder Executivo regulamentasse o artigo, pois, do contrário, nenhum procurador se sentiria autorizado a conciliar, como também poderia ser dissuadido diante de qualquer grau de dificuldade.

Bem por isso, a conciliação, como meio alternativo para solução dos conflitos, está cada dia mais atuante e presente no Brasil.

Na verdade, os movimentos pela conciliação, seja no âmbito do Poder Judiciário dos Estados Federados ou no Poder Judiciário Federal, têm-se tornado uma praxe comum, tanto é que diversas ações têm-se realizado e sua intensificação divulgação e incentivo começou no dia 8 de dezembro de 2006, com o lançamento do Dia Nacional da Conciliação, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, numa iniciação da então presidenta do Supremo Tribunal Federal, ministra Ellen Gracie.

De acordo com o Manual de Implementação do Projeto Movimento pela Conciliação, da Comissão de Juizados Especiais do Conselho Nacional de Justiça, a estratégia do movimento visa, primordialmente, diminuir substancialmente o tempo de duração da lide, viabilizar a solução delas e de conflitos por intermédio de procedimentos simplificados e informais. Dessa forma, reduz o número de processos que se avolumam no Judiciário, alcançando, portanto, as ações em trâmite nos foros e as ocorrências que possam vir a se transformar em futuras demandas judiciais, concebidas como um mecanismo acessível a todo cidadão. Além disso, enfrenta o gravíssimo fato da litigiosidade contida, por meios não adversariais de resolução de conflitos, da justiça participativa e coexistencial, levando-se, enfim, instrumentos da jurisdição às comunidades.

Segundo ainda o referido manual, a iniciativa

independe da edição de novas leis ou reformas constitucionais. E ainda parte da noção de licitude (Art. 5º, II, da CF) apresenta custo zero aos cofres públicos, valendo-se da estrutura material e dos recursos humanos já existentes ou de fácil arregimentação, tais como: conciliadores e juízes leigos; instalação de pólos de conciliação nas atuais comarcas, varas ou unidades jurisdicionais e, principalmente, interiorizar a Justiça, levando-a aos municípios, distritos, vilas, bairros, onde não esteja situada a sede do Judiciário, estabelecendo, verdadeiramente, alternativas de fácil acesso às populações e meios capazes de dar solução rápida aos casos que enfrenta.

No Brasil, de acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ), no Dia Nacional da Conciliação de 8 de dezembro de 2006 ocorreram 83.983 audiências realizadas, das quais resultaram em 46.493 acordos, resultando num percentual de sucesso de 55,36%. Desse total, 58.981 audiências e 31.223 foram realizadas pelos 27 Tribunais de Justiça; 13.893 audiências e 9.198 acordos foram promovidos por 23 Tribunais Regionais do Trabalho e 11.113 audiências e 6.072 acordos foram realizados por cinco Tribunais Regionais Federais.

Devido ao grande sucesso dessa trajetória do Poder Judiciário brasileiro, os movimentos pela conciliação não pararam e, em cada Estado da Federação, foram-se intensificando a cada dia.

O sucesso da campanha de 2006 foi tão grande que, em 2007, o Conselho Nacional de Justiça promoveu um novo movimento pela conciliação, lançando, desta feita, não apenas o Dia Nacional, mas a Semana Nacional da Conciliação, realizada durante o período de 3 a 8 de dezembro de 2007.

Observa-se, no quadro de notícias abaixo transcrito, colhido no sítio do Conselho Nacional de Justiça, que os

movimentos pela conciliação estão em constante divulgação e funcionamento, na tentativa, sempre, de dirimir os conflitos e reinar a paz social.

Percebe-se, no cenário brasileiro, que a conciliação como meio alternativo de soluções dos conflitos se encontra cada vez mais massificada, tornando-se a grande “vedete” da Justiça brasileira como fonte idealizadora da paz, do convívio social e da harmonia entre os seres.

A medida é salutar, mas a crítica que se pode fazer é a de que o auxiliar de conciliador voluntário não receberá qualquer remuneração nem ajuda de custo pelo trabalho que será desempenhado, o que pode levar os interessados ao desestímulo.

Conclusão

Buscou-se demonstrar ao longo deste artigo que a previsão legal da tentativa de conciliação presente no âmbito dos Juizados Especiais Federais é salutar, mesmo diante das dificuldades enfrentadas nessa modalidade de solução controversa, em que a parte demandada é o ente público. Assim, a conciliação tem contribuído piamente para desafogar a máquina judiciária, vindo os Tribunais, por isso, adotando a conciliação como política institucional, valorizando e incentivando todos os profissionais que se empenham na sua realização.

A campanha “Conciliar é Legal”, em nível nacional e, no âmbito de todo o Poder Judiciário brasileiro, foi lançada em 8 de dezembro de 2006 por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça e se repetiu na semana de 3 a 8 de dezembro de 2007, estando aguardando novo calendário para instituir a semana da conciliação.

Então, a conciliação é um instrumento de suma importância para a Justiça nacional e, mais ainda, para as

partes envolvidas nos litígios, que, diante de uma solução alternativa pacificada, dá fim a um longo percurso processual que poderia ser seguido, mais lento. Confirma-se, assim, que esta traz conforto, celeridade e segurança na solução tão desejada. Além disso, é importante também porque o acordo encontrado e o conseqüente arquivamento prematuro do processo acarretam o desafogo nas Secretarias de Varas em primeira instância e, por sua vez, o desafogo de processos nas instâncias superiores, para dar lugar, assim, aos processos mais complexos, cuja solução será dada em julgamento pelo Estado-juiz.

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela Conciliação**. Disponível em: << Acesso em: 18 abr. 2008.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela Conciliação**. Disponível em: <<http://www.conciliar.cnj.gov.br/cms/listarNoticia.asp>> Acesso em: 18 jul. 2008.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela Conciliação**. Disponível em: <> Acessado em: 18 jul. 2008.

_____. Decreto 4.250/2002, de 27/05/2002. Regulamenta a Representação Judicial da União, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Federais perante os Juizados Especiais Federais, Instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **D.O.U.** de 28/05/2002, p. 1.

_____. Lei 10.259/2001, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Eletrônico [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, p. 1, 13 jul. 2001.

_____. Lei 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, p. 15.033, 27 set. 1995.

_____. Nota Dez. Notícias Recentes. Portaria no. 109, de 30/01/2007. Publicado no **DOU** de 31/01/2007. Disponível em <> Acesso em: 17 abr. 2008

_____. **Projeto Movimento pela Conciliação**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/ProjetoConciliar.doc>> Acesso em: 18 jul. 2008

_____. **TV Justiça**. Disponível em: <http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id_noticias=5525> Acesso em: 18 jul. 2008

PARIZATTO, João Roberto; **Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Minas Gerais: Parizzato, 2001.

SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e. **Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e conciliação**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, Luís Praxedes Vieira da. **Juizados Especiais Federais Cíveis**. São Paulo: Millennium, 2002.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. Comentário à Lei 10.259 de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.